Die Perfektion der Vollmacht.

Inaugural-Dissertation

von

Walther Daub.

Warburg
Druck von Fritz Quick
1904.

Die Perfektion der Vollmacht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock.

Vorgelegt von

Walter Daub

Referendar

in Dortmund.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Warburg

Druck von Fritz Quick

1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0103

Seiner lieben Mutter
in Dankbarkeit gewidmet.

Der Verfasser.

Literatur-Verzeichnis.

1. Arndts: Pandekten, 11. Aufl. Stuttgart 1883.
2. Bähr: in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. XXX, S. 341 f.
3. Bernhöft: Germanische und moderne Rechtsideen im rezipierten röm. Recht, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. III.
4. Biermann: Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. Berlin 1900.
5. Bing: Das Verhältnis des Auftrages zur Vollmacht vom Standpunkt des modernen wie des römischen Rechts, unter Beurteilung der Labandschen Theorie, Inaug.-Diss. Erlangen 1897.
6. Breit: Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, im Sächsischen Archiv, Bd. XIII, S. 306.
7. Brinz-Lotmar: Pandekten, 2. Auflage. Erlangen-Leipzig 1892.
8. Brunner: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1901.
9. Buchka: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock-Schwerin 1852.
10. Büsgen: Das Wesen der Vollmacht unter Berücksichtigung des neuen bürgerlichen Rechts, Inaug.-Diss. Erlangen 1900.
11. von Canstein: Vollmacht und Auftrag mit Stellvertretungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, Bd. III, S. 670 ff, Wien 1876.

13. von Canstein: Ueber Stellvertretung mit besonderer Rücksicht auf das Handelsrecht, in Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, Bd. XXI, S. 283, Leipzig 1871.
14. Clarus: Vollmacht und Geschäftsführung ohne Auftrag, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Bd. LXIV, S. 161 ff, 1899.
15. Corpus iuris civilis: Institutionen und Digesten, Ausgabe von Krueger und Mommsen, Berlin 1899.
16. Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 4. Aufl., Jena 1903.
17. Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen u. Leipzig 1900.
18. Curtius: Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, im Archiv für ziviliſtische Praxis, Bd. LVIII, S. 69 ff.
19. Czyhlarz: in Grünhuts Zeitschrift, Bd. IX, S. 779.
20. Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
21. Dernburg: Stellvertretung, in der Heidelberger kritischen Zeitschrift, Bd. I, 1853.
22. Dernburg: Pandekten, Bd. I, 1896, Bd. II, 1897.
23. Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. I und II, 5. Aufl. 1894 u. 1897.
24. Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. I, 1. und 2. Auflage, Halle 1902.
25. Eccius: Zur Lehre von der Vollmacht nach Bürgerlichem Gesetzbuche, in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts (begründet von Gruchot) 47. Jahrgang, S. 210—221, Berlin 1903.
26. Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, I. Teil, 8. Aufl. Berlin 1901.
27. Engelmann: Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1897.
28. Enneccerus und Lehmann: Das Bürgerliche Recht, Bd. I (von Enneccerus), Marburg 1898.
29. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (cit. R. G.)
30. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (cit. R. O. H. G.)

31. Fischer-Henle: Handausgabe des BGB., 6. Aufl. München 1904.
32. Foerster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 7. Auflage, Berlin 1896.
33. Gareis: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Kommentar, 1900.
34. Heilfron: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Abteilung, 2. Aufl. Berlin 1900.
35. Hellmann: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, 1882.
36. Hellmann: Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch, §§ 19 und 24.
37. Hellwig: Besprechung von Hupkas „Vollmacht", in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit, Bd. XXIX, S. 520—535, Berlin 1901.
38. Holz: Fortwirken einer erloschenen Vollmacht mit besonderer Berücksichtigung des neuen Bürgerl. Rechts, Inaug.-Diss. Rostock 1901.
39. Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900.
40. Hölder: Im Archiv für zivil. Praxis, Bd. LXXIII, S. 117 ff.
41. Hupka: Die Vollmacht, eine zivilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1900, (zitiert Hupka).
42. Hupka: Stellvertretung und Vollmacht nach deutschem bürgerlichen Recht, Vortrag, in der Allgemeinen österreichischen Gerichts-Zeitung, 53. Jahrgang Nr. 10 und 11, Wien 1902, (zitiert: Hupka Ger.-Ztg.)
43. Hupka: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903.
44. Isay: Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1900.
45. Ihering: in Iherings Jahrbuch II, S. 131 f.
46. Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung.

47. Kaufmann: Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I und II, Bonn 1900 und 1901.
48. Kipp: Der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Rektoratsrede, Erlangen 1899.
49. Klingmüller: Ueber den Begriff des Rechtsgrundes, 1901.
50. Krainz: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 3. Aufl. 1899/1900.
51. Kuhlenbeck: Vollmacht, in der Juristischen Wochenschrift 1896, Nr. 64 und 65. (zit. Kuhlenbeck Wochenschr.)
52. Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB., I. Teil, Berlin 1898 (zitiert: Kuhlenbeck).
53. Kuhlenbeck: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 2. Auflage Berlin 1903, (zitiert: Kuhlenbeck BGB.)
54. Laband: Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. X, Erlangen 1866.
55. Ladenburg: in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XI, S. 74.
56. Lax: Die Vollmacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Inaug.-Diss. Erlangen 1899.
57. Lenel: Stellvertretung und Vollmacht in Iherings Jahrbüchern, Bd. XXXVI, S. 1—130, Jena 1896.
58. Leonhard: Ausgewählte Kapitel aus dem BGB., in der Allgem. österr. Gerichts-Zeitung, 48. Jahrgang, S. 102, Wien 1897.
59. Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900.
60. Leske: Bürgerliches Gesetzbuch und allgemeines Landrecht, §§ 30—33.
61. Leszynsky: Die abstrakte Natur der Bevollmächtigung, Inaug.-Diss. Jena 1901.
62. Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, in Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Breslau 1901.

63. Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. I, 3. Aufl. Berlin 1900.
64. Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1885.
65. Mommsen: Zur Lehre von der rechtlichen Natur und der Erteilung der nach den §§ 167, 171, 172 des Bürgerlichen Gesetzbuches begründeten Vertretungsmacht, Inaug.-Diss. Greifswald 1899.
66. Monich: Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem BGB. 1900.
67. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I.
68. Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 1899.
69. Neumann: Jahrbuch des Deutschen Rechts, Berlin 1903.
70. Oertmann: Zivilistische Rundschau, Besprechung von Schloßmanns Vertretungslehre, Teil I, im Archiv für Bürgerliches Recht (Herausgegeben von Kohler ꝛc.) Bd. XVIII, S. 377, 378.
71. Oertmann: Zivilistische Rundschau, Besprechung von Hupkas „Vollmacht", im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. XX, S. 74—76, Berlin 1901.
72 Oertmann: Das abstrakte Geschäft im BGB., in der Allgem. österreich. Gerichts-Zeitung, 48. Jahrgang, S. 249, Wien 1897.
73. Ofner: Das Recht des Andern erläutert am Schutz des Dritten, Vortrag, Wien 1902.
74. Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. I, 3. Aufl. Berlin 1903.
75. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I.
76. Puchta: Institutionen, Bd. II, Leipzig 1881.
77. Regelsberger: Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893.
78. Regelsberger: in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. XI, S. 369.
79. Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. I, 1899.

80. Romeick: Zur Technik des BGB.; Vollmacht; in den Jahrbüchern der Württembergischen Rechtspflege, Bd. XII, S. 121—149, Tübingen 1900.
81. Ruhstrat: Ueber Savignys Lehre von der Stellvertretung.
82. Savigny: Obligationenrecht, Berlin 1853.
83. Scherer: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1897.
84. Schloßmann: Besitzerwerb durch Dritte, Leipzig 1881.
85. Schloßmann: Kontrahieren mit offener Vollmacht, Kiel 1902.
86. Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen:
I. Teil: Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig 1900 (zitiert: Schloßmann I).
II. Teil: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung, Leipzig 1902, (zitiert: Schloßmann II).
87. Seuffert, L.: Referat über Hupkas „Vollmacht", in der Deutschen Literatur-Zeitung 1901, Nr. 14, S. 882, 883.
88. Sohm: Institutionen, 8. und 9. Aufl. Leipzig 1899.
89. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. I, München 1903.
90. Thöl: Das Handelsrecht, Bd. I, 6. Auflage.
91. Titze: Besprechung von Schloßmanns Stellvertretungslehre Teil II, im Juristischen Literaturblatt 1903, Bd. XV, Nr. 10, S. 241—245.
92. Wach: Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1885.
93. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Kipp, 8. Auflage Frankfurt a. M. 1900.
94. Zach. Crome: Zachariae, Handbuch des französischen Zivilrechts (bearbeitet von Crome) 8. Auflage.
95. Zimmermann: Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, 1876.

96. Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für des Deutsche Reich, Teil II, Berlin 1890.
97. Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, allgemeiner Teil, Grundriß, 1900.

Weitere Literatur siehe an den einschlägigen Stellen.

Zitierweise: § 166, II, 1 = Paragraph 166 Absatz 2 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die einzelnen Schriftsteller sind, soweit eine Verwechslung nicht zu befürchten war, nur mit ihrem Namen zitiert.

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung . . . . . S. 1.

I. Teil.

Begriff der Vollmacht.

§ 2. Terminologisches . . . . . S. 3.
§ 3. Geschichtliches . . . . . S. 8.
§ 4. Die herrschende Lehre . . . . . S. 11.
§ 5. Schloßmann . . . . . S. 19.

II. Teil.

Die Perfektion der Vollmacht.

§ 6. Überblick . . . . . S. 27.

I. Die Entstehungsvoraussetzungen einer Vollmacht hinsichtlich der in Betracht kommenden Personen.

§ 7. 1. Der Vollmachtgeber . . . . . S. 28.
§ 8. 2. Der Vollmachtträger . . . . . S. 29.

II. Die Erfordernisse des Bevollmächtigungsaktes.

1. Abschnitt: Formelles.

A. Die äußere Natur des Bevollmächtigungsaktes.

§ 9. 1. Die Bevollmächtigung ist ein einseitiger Rechtsakt, kein Vertrag . . . . . S. 30.
§ 10. 2. Die Vollmachtserklärung ist grundsätzlich empfangsbedürftig und kann in der Regel wahlweise gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, dem Dritten oder dem Publikum abgegeben werden . . S. 37.
§ 11. 3. Die Perfektion der Vollmacht ist nicht durch die Kenntnisnahme von der Vollmachtserklärung seitens des Anerklärten bedingt . . . . . S. 57.
§ 12. B. Die Form der Bevollmächtigung . . S. 66.

2. Abschnitt: Materielles.

§ 13. Insbesondere die abstrakte Natur der Bevollmächtigung . . . . . S. 70.
§ 14. Schluß . . . . . S. 75.

§ 1.

Einleitung.

1. Der Begriff der Perfektion bei Rechtsgeschäften ist ein schwankender. Man denke z. B. nur an ein bedingtes Rechtsgeschäft. Die Einen nennen es bereits nach Abschluß der Parteiverhandlungen, die Anderen erst nach Eintritt der Bedingung ein perfektes. Regelmäßig versteht man unter der Perfektion eines Rechtsgeschäftes in erster Linie den Zeitpunkt seines Zustandekommens. Deutlich gelangt dies in der römischen Rechtsregel zum Ausdruck: perfecta emptione periculum ad emptorem spectat, d. h. die Gefahr geht über im Augenblicke des Kaufabschlusses.

Die Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung ist aber vorwiegend eine Tatfrage jedes einzelnen Anwendungsfalles. Für allgemein gehaltene Abhandlungen kann die Frage nach der Perfektion nur eine Frage nach den Elementen der Materie sein, eine Frage nach dem, was erforderlich ist zur Vollendung, zum Abschluß eines Rechtsgebildes, mithin die Frage nach der Entstehung oder Begründung des jeweiligen Geschäfts.

Auch für unsere nachstehende Erörterung gewinnt das Thema daher folgende Gestalt:

„Welche Momente müssen gegeben sein, damit eine gültige Vollmacht vorliegt?" Natürlich können die allgemeinen Vorbedingungen einer wirksamen Vollmacht im Rahmen unserer Arbeit nur kurz gestreift werden; die Untersuchung drängt darüber hinaus zu den speciellen Problemen, insbesondere zu den Fragen, die entstehen, wenn es sich um den Abschluß der Begründung, um die Vollendung der Geburt der Vollmacht handelt.

2. Gleich hier sei bemerkt, daß nur von der Vollmacht des Privatrechts die Rede sein soll. Sämtliche Vollmachten des öffentlichen Rechts, darunter auch die Prozeßvollmacht,

scheiden aus dem Kreise der Erörterung aus. Auch im Privatrecht ist die Grenze noch enger zu ziehen. Es handelt sich nur um die Vollmacht des BGB. Prokura und Handlungsvollmacht bleiben außer Betracht.

3. Die Frage nach der Perfektion der Vollmacht hängt aber aufs engste zusammen mit der Frage nach dem Begriff und Wesen der Vollmacht überhaupt, und um von der Entstehung der Vollmacht handeln zu können, wird man sich zunächst Rechenschaft darüber zu geben haben, was die Vollmacht eigentlich ist. Denn wer das „Wie" bedenken will, muß zuvor das „Was" erwogen haben. Ein kurzes Eingehen auf den Begriff der Vollmacht ist aber auch deshalb umsomehr erforderlich, als gerade in allerjüngster Zeit die Theorien über dies Rechtsinstitut weit auseinander gehen. Vor allem sind es die Werke von Hupka [1]) und Schloßmann [2]), die in den Ergebnissen der Untersuchung über die Vollmacht zu konträren Gegensätzen gelangen. Hupka [3]) hält den Vollmachtsbegriff für eine „neue Botschaft", für „ein ganz unentbehrliches Element der modernen Dogmatik", für „eine unabweisbare Notwendigkeit", nach Schloßmann [4]) dagegen ist die Vollmacht „ein ganz überflüssiger Weise in die auf Vertretungsverhältnisse bezüglichen Deduktionen eingeführtes Glied", ein „auf Tautologie beruhender", „wertloser", „völlig nichtiger", „wesenloser Begriff", „ein Wesen, das noch niemand gesehen hat", „ein leeres Phantom", „ein Phantasiegebilde", „ein Siegfried in der Tarnkappe", „eine Scheinkönigin." Beide Autoren treten mit der Prätention auf, allein den echten Ring zu besitzen. Es liegt auf der Hand, daß ein solcher Kontrast der Ansichten über Wert und Wesen der Vollmacht auch zu den verschiedensten Auffassungen von den Voraussetzungen der Entstehung des umstrittenen Gebildes führen kann.

Zu Anfang unserer Erörterung werden wir zunächst eine feste Terminologie zu gewinnen suchen.

---

[1]) Die Vollmacht.
[2]) Stellvertretungslehre.
[3]) S. 13, Vorwort und S. 29.
[4]) I, S. 239, 380, 248, 249, II, S. 489, 451, I, S. 256, II, S. 112, 453, 539.

I. Teil:

Begriff der Vollmacht.

§ 2.

Terminologisches.

1. Das Wort „Vollmacht" ist im Sprachgebrauche von verschiedener Bedeutung. Man versteht es, abgesehen von jeder Metonymie [1]), in einem weiteren, engeren oder technischen, subjektiven und engsten Sinne. Vollmacht in weiterem Sinne [2]) bezeichnet in der Regel jede-, Vollmacht in engerem Sinne [3]) nur die gewillkürte Vertretungsmacht. Subjektiv [4]) ist die Vollmacht der Kreationsakt der Vertretungsmacht, im engsten oder formellen Sinne [5]) endlich die Vollmachtsurkunde. Diese Ausdrucksweise und Art der Bezeichnung ist jedoch keineswegs allgemein feststehend. In der gemeinrechtlichen Literatur [6]) herrscht infolge der dogmatischen Verschmelzung von Vollmacht und Mandat eine wesentlich andere Termi-

---

[1]) Schloßmann I, S. 252 Anm. 1 berichtet, daß z. B. in Dithmarschen der Gemeindevorsteher die „Vollmacht" genannt werde.

[2]) Hupka S. 1 und Mitteis S. 182, 184.

[3]) Hupka S. 5 und Lenel S. 4.

[4]) Hupka S. 5, Büsgen S. 9 und 17b, Manigk S. 343, 344 und die daselbst angegebene Literatur.

[5]) Hupka S. 167, Lax S. 37 und Staudinger § 166 Anm. 5, Abs. II.

[6]) Arndts § 291, Dernburg Pandekten Bd. II S. 318, Puchta § 323, Windscheid § 74; vgl. auch Laband S. 209 ff.

nologie. In den landesrechtlichen Kodifikationen [1]) werden „Vollmacht" und „Auftrag" einfach synonym gebraucht. Auch die stammverwandten Worte „Ermächtigung" und „Bevollmächtigung" werden häufig in Zusammenhang mit der Vollmacht erwähnt und ihr bald gleichgestellt, bald von ihr unterschieden [2]).

2. Bei diesem schwankenden Sprachgebrauche zeigt sich auch in der juristischen Terminologie die Bedeutung des BGB., indem es, wenn auch nicht durch unmittelbare Legaldefinition des Begriffes wie etwa in den §§ 90, 276, 872, so doch durch umklammerte Beifügung des Fachausdruckes „Vollmacht" in § 166, II eine feststehende Ausdrucksweise begründet [3]).

Als Oberbegriff für die rechtliche Macht zu wirksamer Vertretung dient der Terminus „Vertretungsmacht". Die Vertretungsmacht kommt entweder den in bestimmten Verhältnissen stehenden Personen unmittelbar von Gesetzes wegen zu (gesetzliche Vertretungsmacht [4]), oder sie beruht auf Erteilung durch den Vertretenen. Nur die letztere, die gewillkürte Vertretungsmacht ist Vollmacht im Sinne des BGB. [5])

Wenn das BGB. a. a. O. von der Vollmacht als von „einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht" spricht, so soll dies, wie Biermann (S. 3) mit Recht hervorhebt, nicht heißen, daß die Vollmacht nur ein Fall der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht sei, sie ist vielmehr die oder, was dasselbe ist, jede durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht.

---

[1]) ALR. § 5, I, 13, code civil art. 1984, Sächs. BGB. §§ 101, 1295, 1327.

[2]) Ihering S. 131, Bähr S. 341, Hölder Archiv S. 118.

[3]) Kuhlenbeck S. 484 hält die neue Terminologie des BGB. für ungerechtf. Willkür; a. A. Mommsen S. 13, Anm. 1.

[4]) Die gesetzliche Vertretungsmacht deckt sich nicht mit dem Begriff der gesetzlichen Vertretung nach BGB., welche nur die Vertretung geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen umfaßt. vgl. Hupka S. 5 Anm. 1, Biermann S. 8 u. 9, Dernburg BGB. S. 472, 473.

[5]) vgl. Cosack S. 233, 237, Crome S. 459, 466, Dernburg BGB. S. 471, Hupka S. 5, Matthiaß S. 239, Planck Vorbem. 1 zum 5. Titel u. A.

3. Die Ausdrucksweise des BGB. hat in dreifacher Hinsicht zu Erörterungen Anlaß gegeben.

a) Hupka (S. 26 Anm. 1) bemerkt, daß die Vollmachtserteilung als solche keine unmittelbare reale Rechtsveränderung bezwecke und bewirke [1]) und daß es daher zweifelhaft sei, ob sie überhaupt unter die Rechtsgeschäfte im eigentlichen Sinne falle. Hier wird man jedoch mit Hupka den „potentiellen Rechtserfolg", die Schaffung der rechtlichen Möglichkeit zu wirksamer Vertretung, als ausreichende juristische Wirkung im Sinne der von den Motiven (Bd. I S. 126) gegebenen Definition des Rechtsgeschäfts ansehen dürfen [2]).

b) Sodann ist ein lebhafter Streit darüber entbrannt, ob auch die nach den §§ 171, 172 BGB. begründete Vertretungsmacht als Vollmacht anzusehen sei. Es bestehen im wesentlichen drei verschiedene Ansichten [3]).

Die Einen halten, da sie in der Kundgebung kein Rechtsgeschäft erblicken, die Vertretungsmacht der §§ 171, 172 für eine rein gesetzliche [4]). Bei den Anderen handelt es sich um eine singuläre Erscheinung der Vertretungsmacht [5]). Eine dritte Meinung endlich geht dahin, daß auch die Vertretungsmacht der §§ 171, 172 als Vollmacht zu bezeichnen sei [6]), indem man entweder die Kundgebung für ein Rechtsgeschäft hält [7]) oder die gesetzliche Gleichstellung von den Erklärungen zur Kenntnisnahme in den §§ 171, 172 und den Willenserklärungen des § 167 betont [8]). Die dritte

[1]) vgl auch Karlowa S. 58.

[2]) vgl. zu der ganzen Frage Manigk S. 93.

[3]) Planck und Staudinger nehmen zu dieser terminol. Frage nicht Stellung.

[4]) So vor allem Zitelmann, Rechtsgesch. Bd. II S. 98 und BGB. S. 121 und Biermann S. 22.

[5]) Lax S. 34. Anscheinend auch Mommsen, wenn er auf S. 13 die gemäß §§ 167, 171, 172 begründete Vertretungsmacht als „rechtsaktliche" der gesetzlichen gegenübergestellt und nur die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht speciell Vollmacht nennt. Allerdings scheint ihm auf S. 33 ff die Kundgebung ein Rechtsgeschäft zu sein.

[6]) Dernburg, BGB. S. 475.

[7]) Romeick, S. 126: „Die Kundgebung ist nicht eine Anzeige, sondern eine Willenserklärung."

[8]) Crome S. 462, Endemann S. 404, Anm. 14, Cosack S. 233 f.

Meinung, deren letzte Begründung zutreffend erscheint, werden wir mit Recht als die herrschende ansehen dürfen. Das Gesetz hat u. E. mit Vollmacht diejenige Vertretungsmacht bezeichnen wollen, die (im Gegensatze zu der ohne Berücksichtigung des Parteiwillens an bestimmte Tatbestände geknüpften gesetzlichen Vertretungsmacht) im letzten Grunde auf dem Willen des Vertretenen beruht. Auch in den Fällen der §§ 171, 172 ist eine Vertretungsmacht von dem Vertretenen gewollt; eine Kundgebung ohne diesen Willen wird im Leben nie vorkommen. Entweder ist eine Vollmacht nach § 167 bereits erteilt oder sie soll durch die Kundgebung erteilt werden. Staudinger (§§ 171, 172 Anm. 2) nennt die Kundgebung im letzteren Falle einen konstitutiven Akt. In Wirklichkeit ist diese konstitutive Kundgebung Staudingers aber nichts anderes als eine nach § 167 dem Dritten oder dem Publikum gegenüber erfolgende Erklärung der Vollmacht mit nur verändertem Wortlaut. Die selbständige Bedeutung der §§ 171, 172 tritt erst dann zu Tage, wenn entweder die bereits nach § 167 erteilte Vollmacht unwirksam ist, oder es sich um Umfang und Dauer der Vertretungsmacht handelt. Daß hier das Schutzbedürfnis des Dritten weitgehende Berücksichtigung gefunden hat, ändert nichts an der Tatsache, daß auch in den Fällen der genannten Paragraphen eine Vertretungsmacht als gewollt anzusehen ist und demnach von Vollmacht gesprochen werden kann.

An späterer Stelle [1]) werden wir in einem anderen Zusammenhange diese Frage nochmal berühren.

c) Der dritte Kreis von Fragen, die im Hinblick auf die Terminologie des BGB. auftauchen, dreht sich um das Verhältnis von Vollmacht, Einwilligung und Ermächtigung.

Die Einwilligung des § 183 ist nach den Motiven (Bd. I, S. 246) mit der Vollmacht nur verwandt, während Zitelmann [2]), Hölder [3]) und Bing (S. 14 ff) die Vollmacht für eine species der Einwilligung halten [4]).

---

[1]) vgl. unten § 12, 2, insb. Anm. 1

[2]) Rechtsgesch. II, S. 86 f.

[3]) Kommentar I, S. 383.

[4]) A. M. Hupka S. 71 und Oertmann (Archiv Bd. 20 S. 75), der die Bevollmächtigung von der Zustimmung scharf unterscheidet. Ebenso Romeick S. 128 und 148, Endemann S. 404, Anm. 11, Lax S. 27 und Staudinger § 166, Anm. 5.

Der Begriff der Ermächtigung ist im BGB. nicht scharf fixiert. Die „Ermächtigung" der §§ 112, 113 ist eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit [1]). Die Ermächtigung des § 370 wird teils für eine fingierte [2]), teils für eine vermutete [3]), teils für eine gewöhnliche [4]) Vollmacht gehalten. Andere [5]) erblicken in ihr eine auf Gesetzesvorschrift beruhende Vertretungsmacht, die gleichwohl aber nicht als gesetzliche Vertretungsmacht anzusehen ist, wieder Andere [6]) nur eine positive Bestimmung für den Schuldner, in dem Quittungsträger einen Empfangsberechtigten nach Art eines solutionis causa adiectus sehen zu dürfen. Wie dem im einzelnen auch sei, jedenfalls geht aus anderen Stellen des Gesetzes, z. B. aus den §§ 714, 715, zur Genüge hervor, daß das BGB. einen scharfen Begriffsunterschied zwischen Vollmacht und Ermächtigung nicht kennt [7]). Man wird daher, wie auch das Wort „Ermächtigung" der „Vollmacht" gegenüber schon einen weniger kraftvollen und prägnanten Klang hat [8]), mit Hupka (S. 22 Anm. 1) und Manigk (S. 388) die Ermächtigung als das Weitere, als den der Vollmacht übergeordneten Gattungsbegriff bezeichnen dürfen.

4. Wir gewinnen demnach für unsere nachstehende Abhandlung folgendes terminologische Resultat:

Vollmacht ist gleichbedeutend mit rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht oder mit gewillkürter Ermächtigung zu

---

[1]) Crome S. 368 f, Endemann S. 131 Anm. 14.

[2]) Lax S. 44.

[3]) Hupka S. 25 f.

[4]) Manigk S. 387.

[5]) Cosack S. 238 Z. 4, Endemann S. 401 Anm. 1.

[6]) vgl. Biermann S. 5 und 39, Anm. 3 und Kaufmann II, § 370 Anm. 1, II.

[7]) vgl. Manigk S. 387.

[8]) Schloßmann I, S. 296 ff folgert hieraus, daß es sich bei der Ermächtigung nur um ein Gestatten, Erlauben, Zulassen, ein freiwilliges Nichtgebrauchen eines Verbietungsrechts handele. Er unterscheidet die Ermächtigung wiederum in eine selbständige und eine sekundäre.

direkter Vertretung [1]). Der Akt der Erteilung der Vollmacht wird vom BGB. als Bevollmächtigung bezeichnet (vgl. § 172) [2]).

§ 3.

Geschichtliches.

1. Wie das ganze Rechtsinstitut und der Gedanke der modernen Stellvertretung, so gehört auch der Begriff der Vollmacht nicht zu der großen römischen Erbschaft, die auf uns gekommen ist. Das römische Recht kennt grundsätzlich keine direkte Stellvertretung [3]). Per liberam personam

---

[1]) vgl. auch Mot. I, S. 228.

[2]) Hupka S. 2 Anm. und Mommsen S. 10. — Die von Holz S. 4—8, insbes. S. 7 vorgeschlagene dreifache terminologische Verwendung des Wortes „Vollmacht" ist nicht geeignet, Klarheit zu schaffen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, was er unter dem Vollmachtsverhältnis (d. h. der Befugnis zur Vertretung) im Gegensatz zu der Vertretungsmacht versteht. Das Gesetz stellt, wie sich aus einem Vergleich von Absatz I und Absatz II des § 171 ergiebt, Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht einander gleich. Es hat den Anschein, als ob Holz, obwohl er selbst Vollmacht und Auftrag für wesensverschiedene Rechtsinstitute hält, unter dem Vollmachtsverhältnis die interne Gestionsbefugnis versteht. Letzteres aber auch mit dem Namen Vollmacht zu decken, ist der scharfen Scheidung beider nicht förderlich. Zuzugeben ist allerdings, daß die Ausdrucksweise des BGB., soweit es sich um das Fortwirken einer erloschenen Vollmacht handelt, insbes. in den §§ 170, 171, II, 172, II und 173 keine völlig korrekte ist, indem sich aus dem Verhältnis der Paragraphen zu einander der widerspruchsvolle Satz ergiebt: in gewissen Fällen bleibt eine erloschene Vertretungsmacht als Vertretungsmacht bestehen. Es kann aber kaum zweifelhaft sein, was das Gesetz hier unter der jeweiligen Vertretungsmacht versteht.

[3]) Ueber die Gründe siehe Mitteis S. 13 ff. Nach Laband S. 186 ist „der Gegensatz zwischen dem römischen Recht und dem heutigen eine Folge der ethischen Würdigung der freien Persönlichkeit und ihres freien Willens. Nach röm. Anschauung ist der Wille der vermögensrechtlich selbständigen Person im Kreise des Privatrechts souverain. Der eigene Wille ist die unverletzliche Prärogative der freien Person. Mit der mod. Auffassung ist es dagegen wohl vereinbar, daß sich jemand den Zwecken des Anderen dergestalt hingiebt, daß in seinem Willen der Wille des Anderen zur Entstehung und Erscheinung kommt." vgl. im übr. Sohm § 45, Hupka S. 8 und Holz S. 1 und die daselbst angegebene Literatur. — Gänzlich a. A. sind allerdings Schloßmann II, S. 156 ff und Savigny Bd. II, S. 42.

adquiri nobis non potest [1]). Der unmittelbare Erwerb durch hausabhängige Personen kann insofern nicht als Vertretung gelten, als er ohne Rücksicht auf den Willen der hausabhängigen Person, für den Gewalthaber zu handeln, eintritt [2]). Auf sachen- [3]) und erbrechtlichem [4]) Gebiete finden sich zwar bedeutsame Durchbrechungen des obigen Prinzips, allein das große Feld der obligatorischen Rechtsgeschäfte läßt, abgesehen von der Ausnahme beim Darlehn, nur mittelbare Stellvertretung zu. Alteri stipulari nemo potest [5]). Dem Verkehrsbedürfnis nach Stellvertretung dient als Ersatz einmal die mit dem Formularprozeß zugelassene Prozeßvertretung mit dem mandatum ad agendum in rem suam alieno nomine und der in der Kaiserzeit gegebenen actio utilis suo nomine und sodann die adjekticische Haftung [6]). Allein beide Institute sind nur ein Ersatz [7]). Der procurator in rem suam erwirbt nur die Klage, nie aber das Recht, die adjekticische Haftung ist nur eine Art Legalbürgschaft [8]), der Prinzipal wird nur verpflichtet, und zwar solidarisch neben dem magister navis und dem institor, nicht dagegen auch berechtigt [9]). Soweit eine Stellvertretung zugelassen ist, heißt die von dem Geschäftsherrn zu der Vertretung ausgehende Ermächtigung „mandatum" [10]). Man wird aus dieser Bezeichnungsweise in Verbindung mit der grundsätzlichen

---

[1]) Paul. sent. rec. V, 2, 2; vgl. auch Schloßmann II, S. 188 ff.

[2]) vgl. Laband S. 198 ff.

[3]) Beim Besitzerwerb und dem dadurch vermittelten Rechtserwerb.

[4]) Beim Erbschaftsantritt.

[5]) l. 38 § 17 D. XXXXV, 1. vgl. auch Schloßmann II S. 183 ff.

[6]) vgl. Sohm § 88.

[7]) Schloßmann II S. 293 hält auf Grund des von ihm entwickelten Vertretungsbegriffes alle wesentlichen Voraussetzungsmomente der Vertretungswirkung auch im römischen Rechte für gegeben. Aehnlich Lenel S. 144. Gegen Schloßmann siehe Manigk S. 311.

[8]) vgl. Hupka, Haftung, S. 11.

[9]) vgl. Manigk S. 311.

[10]) vgl. Holz S. 1 und 2, Leszynski S. 2, Mommsen S. 9, Büsgen S. 14, Hupka S. 8 und die daselbst angeführte Literatur. Nur Lax S. 6 berichtet von einigen Stellen, wo nach seiner Meinung die Vollmacht als voluntas bezeichnet ist.

Unzulässigkeit direkter Vertretung mit Hupka (S. 8 f)[1] folgern dürfen, daß das römische Recht den Begriff der Vollmacht aus dem zu Grunde liegenden Mandate noch nicht herausgeschält hat.

2. Auch das ältere deutsche Recht kennt eine Vertretung und damit eine Vollmacht noch nicht. Wie es Ehrensache ist, selbst seinen Mann zu stehen, so ist es auch Pflicht eines jeden, in eigenen Rechtsangelegenheiten persönlich einzutreten[2]) Die Verträge zu Gunsten dritter, bei denen in eigenem Namen kontrahiert wird und das Institut der Salmannen oder Treuhänder kommen dem wirtschaftlichen Vertretungsbedürfnis entgegen. Später mag man sich auch der Prozeßvertretung, die bereits in fränkischer Zeit für die Fälle echter Not und im Mittelalter allgemein gestattet ist[3]), in ähnlicher Weise wie in Rom bedient haben.

3. Erst seit Ausgang des Mittelalters gewinnt der Gedanke einer direkten Vertretung in Deutschland Gestalt[4]). Im kanonischen Rechte[5]) heißt es: potest quis per alium. quod potest facere per se ipsum. Im usus modernus Pandectarum ist der Grundsatz, daß man durch rechtsgeschäftliches Handeln im Namen eines anderen für diesen anderen unmittelbare Rechte und Pflichten gegen dritte Personen begründen kann, auch für das Gebiet der Obligation seit dem 17. Jahrhundert als feststehendes Gewohnheitsrecht anerkannt[6]).

Die Erkenntnis aber, daß mit diesem Satze zugleich das Fundament gelegt ist zu einem ganz neuen und eigenartigen Rechtsverhältnis, einem Verhältnis, das völlig losgelöst von den internen Beziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem betrachtet und behandelt werden muß, — diese Erkenntnis

---

[1]) Ebenso Lax S. 16 f und Bing S. 43, 46 und 50.
[2]) vgl. Dernburg, BGB., S. 467.
[3]) vgl. Brunner S. 75, 152, 182.
[4]) vgl. Ofner S. 27 f.
[5]) reg. 68 und 72 in VI to de regulis iuris 5, 12.
[6]) vgl. Buchka § 20. Nach Laband (S. 238) hängt die Anerkennung der freien Stellvertretung wesentlich zusammen mit der Beseitigung der Sklaverei und der vermögensrechtlichen Hausuntertänigkeit. Vgl. auch Ofner S. 8: Erst seit Aufhebung der Hörigkeit ist die Frage nach dem Recht des Anderen erwacht.

hat noch geraume Zeit auf sich warten lassen [1]). Da Vollmacht und Auftrag im Leben regelmäßig zusammen erscheinen, hat die ältere Theorie beide als einheitliches Rechtsverhältnis betrachtet und die Vollmacht als das Mandat in seiner Wirkung nach außen, als das durch den Auftrag bewirkte Repräsentationsverhältnis mit seinen Folgen bezeichnet [2]), bis Laband (a. a. O. S. 183 ff) zum ersten Male eine scharfe Trennung der beiden Begriffe Auftrag und Vollmacht durchführt und nachweist, daß es sich um zwei ganz verschiedene Rechtsgeschäfte handelt, die andere Voraussetzungen, einen anderen Inhalt und andere Wirkungen haben [3]).

§ 4.

Die herrschende Lehre.

Ist die Vollmacht des Privatrechts, wie wir gesehen haben, zwar ein Spätling der Rechtsentwickelung, eine Errungenschaft erst der neueren Jurisprudenz, so ist ihr Wesen und Begriff doch bereits lebhaft umstritten. Der Kampf der Meinungen spaltet sich hauptsächlich in zwei Lager. Auf der einen Seite die herrschende Lehre, die, bei aller Verschiedenheit im einzelnen, doch im großen und ganzen die Vollmacht für eine Voraussetzung zum Eintritt direkter Vertretungswirkung hält, auf der anderen Seite Schloßmann, der mit den Waffen der „Gerechtigkeit", „Zweckmäßigkeit" und „Billigkeit" [4]) ankämpft gegen die herrschende Dogmatik, die „das Vertretungsrecht in spanische Stiefel einschnüre" [5]) und „die Mahnung des Paulus: ex iure quod est regula fiat umkehre in das Gegenteil: ex regula fiat ius" [6]), der den zu „logischem Unsinn" [7]) führenden

[1]) Hupka Ger. Ztg. Nr. 10, S. 79.
[2]) So Puchta bei Hupka S. 10 Anm. 1; vgl. die dort angeg. Literatur.
[3]) Laband S. 203—209, insbes. S. 208.
[4]) Schloßmann I, S. 344 f, und andere, II, S. 26—36, 40 f, 83, 111, 113, 118, 303 567 f, 621, 623, und andere.
[5]) Schloßmann II, S. 622.
[6]) Schloßmann II, S. 417 Anm. 3.
[7]) Schloßmann I, S. 239.

Vollmachtsbegriff aus der Stellvertretungslehre eliminiert und einen allgemeinen Tatbestand spezifischer Vertretungswirkung [1]) und objektive Momente [2]) an die Stelle der „Vollmacht" und des „Handelns im Namen eines anderen" setzt.

I. Wenden wir uns zunächst denjenigen zu, die die Vollmacht für eine Voraussetzung direkter Vertretungswirkung halten, so können wir hier im Rahmen dieser Arbeit die Vollmacht nicht im einzelnen abgrenzen gegen verwandte Begriffe und unterscheiden von den Fällen, in denen einmal Rechtshandlungen zwar unmittelbar für bezw. auch gegen einen Anderen wirken, aber eine Vertretung nicht vorliegt (wie z. B. bei den Verfügungen für einen anderen, bei den Verträgen zu Gunsten Dritter [3]) und bei der Anweisung [4]), in denen zum anderen eine Vertretung zwar vorliegt, aber nicht auf Rechtsgeschäft beruht (wie bei der Vertretungsmacht, die unmittelbar kraft Gesetzes besteht oder mit obrigkeitlicher Bestellung verbunden ist, und bei den Fällen, in welchen es sich um eine Vertretung von Rechts*objekten*, und nicht von Rechts*subjekten*, mit anderen Worten um einen Verwalter handelt [5]). Wir müssen die Vollmacht aber abheben aus der Umgebung zweier Rechtsgeschäfte, die absolut nicht mit ihr verwandt sind, die jedoch infolge ihres häufigen Zusammentreffens öfter mit ihr in Beziehung gebracht werden nämlich internes Gestionsverhältnis und Vertretungsakt.

1. Die innere Gestionsbefugnis, die obligatorische Berechtigung bezw. Verpflichtung des Vertreters zur Vertretung dem Vertretenen gegenüber kann auf Rechtsgeschäften der verschiedensten Art, z. B. auf einem Dienst- oder Gesellschaftsvertrage oder auch auf einer negotiorum gestio u. s. w. beruhen. Aus der Fülle der möglichen Grundverhältnisse greifen wir im Folgenden stets nur den Auftrag als Typus heraus.

Nur wenige Schriftsteller sind es, die sich *Laband's* bahnbrechenden Ausführungen über die Trennung von Vollmacht und Auftrag nicht angeschlossen haben.

---

[1]) *Schloßmann* II, S. 3—53, insb. S. 51.
[2]) *Schloßmann* I, S. 344 f und II S. 113 ff u. a.
[3]) vgl. *Schloßmann* I § 6, insb. S. 57 ff.
[4]) vgl. *Lenel* S. 113 ff und *Hupka* S. 74 ff.
[5]) vgl. zu dem Ganzen: *Biermann* S. 3—16 und *Hupka* § 4.

a) Curtius (a. a. O. S. 78 ff) hält die Annahme eines begrifflich selbständigen Bevollmächtigungsgeschäfts einmal für theoretisch falsch, weil sie das zum Inhalt eines besonderen Geschäfts erhebe, was gerade das Wesen der direkten Vertretung sei und eben darum Geltung habe, weil das heutige Recht die direkte Vertretung anerkenne, sodann aber auch für praktisch bedenklich, weil sie dem Dritten den Beweis auferlege, daß der Prinzipal das Geschäft nicht nur überhaupt befohlen, sondern auch Abschluß in seinem Namen angeordnet habe. Auf Grund des röm. Rechts und der gemeinrechtlichen Praxis gelangt er zu dem Resultat, daß die Vertretungsbefugnis des Mandatars auf dem ihm erteilten Geschäftsführungsauftrag beruhe und es einer Erklärung des Willens, daß das aufgetragene Geschäft im Namen des Mandanten abzuschließen sei, nicht bedürfe.

Auf den ersten Einwand erwidert Hupka (S 14 u. 16) mit Recht, daß er eine petitio principii enthalte, da der die Wirksamkeit der direkten Vertretung statuierende Rechtssatz seine Norm nicht schlechthin an die bloße Tatsache der Vertretung knüpfe, sondern eine weitere Voraussetzung habe, und einen besonderen zur Vertretung ermächtigenden Tatbestand verlange, um dessen Beschaffenheit es sich gerade handele, und der in dem Willen des Prinzipals bestehe, daß das Geschäft in seinem Namen abgeschlossen werde.

Was aber für den Dritten praktisch schwieriger ist, der Beweis des internen Gestionsverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem, dessen Abschluß sich seiner Kenntnis zumeist entzieht, oder der Beweis einer Vollmacht, deren Bestehen durch Vorlegung der eigens hierzu bestimmten Vollmachtsurkunde ihm in der Regel bekannt geworden ist, darüber kann die Entscheidung gleichfalls nur in einem der Ansicht Curtius' entgegengesetzten Sinne ausfallen.

b) Nach von Canstein[1]) sind „Vollmacht" und „Auftrag mit Stellvertretungsbefugnis" zwei ganz ähnliche Verhältnisse, Arten einer Gattung. Stellvertretungsbefugnis ist der übergeordnete Begriff. Sie beruht entweder auf einem „Auftrag im eigentlichen Sinn" oder auf einer „Vollmacht". Der Unterschied zwischen Vollmacht und

[1]) in Grünhuts Ztschr. III, S. 670 ff.

Auftrag läuft nach von Canstein im wesentlichen darauf hinaus, daß der Beauftragte höchstens über das „Wie", niemals aber über das „Ob" der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes, der Bevollmächtigte hingegen auch über das „Ob" des Geschäftsabschlusses zu entscheiden hat. Dieser Unterscheidung liegt aber, wie Hupka (S. 18 f) zutreffend ausführt, eine begriffliche Trennung von interner Gestionsbefugnis und äußerer Vertretungsmacht überhaupt nicht zu Grunde, sie ist vielmehr nur „eine Klassifizierung der die Stellvertretung möglicherweise begleitenden internen Vertragsverhältnisse nach der Intensität des Prinzipalwillens in Bezug auf den Geschäftsschluß." Der Vorwurf, den von Canstein im übrigen gegen die Laband'sche Lehre erhebt, daß nämlich, da die Stellvertretungsbefugnis für die Vollmacht essentiale, für den Auftrag accidentale sei und auch das essentiale ausdrücklich vereinbart werden könne, im konkreten Falle die Entscheidung unmöglich werde, ob Auftrag oder Vollmacht vorliege, — dieser Vorwurf ist schon aus dem Grunde nicht stichhaltig, weil er der Laband'schen Lehre eine Unterscheidung imputiert, die ihr in Wirklichkeit völlig fremd ist Laband erklärt vielmehr geradezu, daß man dort, wo ein Mandat auf Abschluß im Namen des Mandanten laute, nicht von einem qualifizierten Mandat, von einem Auftrag mit Stellvertretungsbefugnis, sondern nur von einem Zusammentreffen von Auftrag und Vollmacht reden dürfe [1]).

c) Als letzter Gegner des Laband'schen Gedankens tritt Schloßmann in die Reihe, wenn er (Bd. I § 24, insb. S. 270) die Trennung von Vollmacht und Auftrag verwirft und in ihr sachlich nichts Anderes erblickt als die alte Lehre von der „inneren und äußeren Seite des Auftragverhältnisses." Mit Schloßmann's Theorie werden wir uns in § 5 des längeren zu befassen haben.

Wir entscheiden uns hier mit der herrschenden Lehre [2]) für eine scharfe Trennung von Vollmacht und Auftrag und

[1]) vgl. Hupka S. 17 und Holz S. 2—4, dessen abweichende Meinung mit seiner bereits oben in § 2 letzte Anm. erwähnten Terminologie in Zusammenhang steht.

[2]) Crome S. 459, 460, insb. Anm. 6, Dernburg, BGB.,

formulieren ihre Unterschiede [1]) kurz dahin:

1. Nach der äußeren Rechtsnatur des Entstehungsaktes ist die Bevollmächtigung ein einseitiges Rechtsgeschäft [2]), der Auftrag ein Vertrag.

2. Gegenstand der Vollmacht ist die rechtliche Vertretung, die Vornahme von Rechtsgeschäften [3]) in fremdem Namen, Gegenstand des Auftrages ist auch jede faktische Tätigkeit (nicht nur Besorgung von Rechtsgeschäften) und auch ein Handeln in eigenem Namen.

3. Nach der Richtung bezieht sich die Vollmacht auf das Verhältnis zu Dritten, der Auftrag auf das Verhältnis zwischen Mandanten und Mandatar.

4. Nach der Wirkung begründet die Vollmacht eine Ermächtigung, der Auftrag eine Verpflichtung.

Es giebt Vollmacht ohne Auftrag, Auftrag ohne Vollmacht, und Auftrag mit Vollmacht verbunden [4]); das Zusammentreffen beruht aber nicht auf begrifflicher Einheit, sondern auf dem Verhältnis von Mittel und Zweck [5]).

Auch das deutsche BGB. steht auf dem Boden der herrschenden Lehre, indem es im Gegensatze zum sächsischen BGB. die Vollmacht vom Auftrage getrennt behandelt und so schon rein äußerlich die Scheidung beider Institute zu erkennen giebt

---

S. 477, Endemann S. 401 f, Matthiaß S. 241, Kuhlenbeck, BBG., § 167, Anm. 1, Planck § 167, Anm. 1, Staudinger § 164, Anm. 7, Hupka § 1, Lenel S. 13, Manigk S. 345, Büsgen S. 17, Holz S. 7, Lax § 4, Leszynsky S. 15, Mommsen S. 11 f; vgl. auch R. G. Bd. 20 Nr. 55, Seufferts Archiv Bd. 25 Nr. 61, Bd. 44 Nr. 114, und Kuhlenbeck Wochenschr. 1896 S. 577 ff und die dort besproch. Entsch. — Abweichend Cosack S. 548, II, der den Vollmachtsauftrag zu den Aufträgen rechnet.

[1]) vgl. Kaufmann I, S. 170.

[2]) vgl. unten § 9.

[3]) Die Vollmacht wird vom BGB. im Abschnitt der Rechtsgeschäfte behandelt. Vgl. hierzu Dernburg, BGB. S. 470, IV, Endemann S. 395 und Neumann, Jahrb., Vorbem. 3 zu Titel 5.

[4]) vgl. Laband, S. 208.

[5]) Mot. Bd. I, S. 229.

2. Wie mit dem internen Gestionsverhältnisse, so wird die Vollmacht auch von manchen in mehr oder minder hohem Maße mit dem Vertretungsakt in Beziehung gebracht. Es hängt dies mit den verschiedenen Stellvertretungstheorien zusammen, die jedoch hier nur kurz erwähnt und nicht im einzelnen widerlegt werden können.

a) Am weitesten geht die Savigny'sche Konstruktion [1]), die den Vertretenen für den juristisch Alleinhandelnden ansieht und den Vertreter zum Boten, zum Träger einer fremden Willenserklärung, zu einem Organ des wahren Kontrahenten degradiert. Ihr ist die Vollmacht völlig identisch mit dem Geschäftswillen des Vertretenen.

b) Thöl und Mitteis hingegen erblicken, beide aber wiederum in verschiedener Weise, in der Vollmacht nur einen von dem Herrn zu dem Vertretungsgeschäft beigesteuerten Teil des dazu erforderlichen Willens.

α) Thöl (S. 210, 229 ff) spricht bei der Vertretung von einem Doppelvertrage oder einem dreiseitigen Vertrage. Die Rechte und Pflichten des Prinzipals werden begründet durch zwei Verträge mit dem Dritten, nämlich durch einen Vertrag, welchen der Prinzipal selber mit dem Dritten abschließt und der auf seinem allgemeinen Willen und seiner durch den Bevollmächtigten präzisierten und überbrachten Willenserklärung beruht, und durch einen zweiten Vertrag, den der Bevollmächtigte mit Hinweisung auf die Vollmacht des Prinzipals mit dem Dritten eingeht. Hier ist die Vollmacht also ein neben dem Geschäftswillen des Vertreters hergehender allgemeiner, nicht ausreichend vollständiger Geschäftswille des Vertretenen.

β. Mitteis (S. 109 ff) nimmt an, daß es sich bei der Vertretung zwar um ein einziges Rechtsgeschäft handelt, daß aber der rechtsgeschäftliche Wille auf der einen Seite zwischen Vertreter und Vertretenem verteilt ist und das Rechtsgeschäft nur durch ihr Zusammenwirken entsteht. Nach dieser Auffassung bildet die Vollmacht als der auf den

---

[1]) Savigny, Obl. R. II, S. 57 ff. Weitere Anhänger dieser Theorie sind Ruhstrat S. 42, Scheurl, Krit. Überschau S. 355 ff und 357, Dernburg, Heid. krit. Ztschr. I, S. 16 ff, Hellmann, Stellvertretung S. 8 ff, von Canstein, Busch's Archiv S. 288 ff.

Prinzipal entfallende Anteil am Geschäftswillen „einen integrierenden Bestandteil des auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfts“ [1]).

Eine Vollmacht, die in der erwähnten Weise als antizipierter Bestandteil des Vertretungsaktes angesehen wird, muß zum Teil, insbesondere hinsichtlich ihrer Endadresse sowie der rechtlichen Fähigkeiten des Vertreters, andere Entstehungsvoraussetzungen haben als eine vom Hauptgeschäft losgelöste selbständige Vollmacht. Einige solcher Unterschiede werden uns an späterer Stelle [2]) noch beschäftigen. Im übrigen pflichten wir hier keiner der genannten Theorien bei [3]) Sie ziehen in die Begriffsbestimmung der Vollmacht die Frage nach der Ausübung der Vollmacht hinein. Mit Hupka (S. 39) [4]) schließen wir uns vielmehr der Repräsentationstheorie an, die den Vertreter für den wahren Paciscenten des Hauptgeschäfts ansieht. „Die juristische Tätigkeit des Stellvertreters besteht nicht in einer Ergänzung der Vollmachtserklärung, wo diese allgemein lautet, nicht in einer unveränderten Ueberbringung derselben, wo sie erschöpfend ist, sondern stets in der Konzeption und Formulierung der unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Verfügung in ihrer Totalität“ (Hupka S. 38). Die direkte Vertretungswirkung erklärt sich jedoch weder durch Windscheid's [5]) noch durch Laband's [6]) Fiktion, sondern allein durch die Vollmacht, an die das positive Recht wegen des in ihr enthaltenen Willens des Vertretenen, durch die Geschäfte des Vertreters direkt getroffen zu werden, die unmittelbare Wirkung der erkennbar im Namen des Prinzipals vom Vertreter geschlossenen Geschäfte für den Vertretenen knüpft [7]).

---

[1]) So Bernhöft, a. a. O. S. 23: ähnlich Lenel S. 15.

[2]) vgl. unten § 10, II. 1. a und § 11 Anfang.

[3]) Siehe gegen Savigny: Mitteis § 11 und Hupka S. 30 ff; gegen Thöl: Hupka S. 33 ff, Schloßmann I, S. 100 ff und Manigk S. 305 ff, insb. S. 308; gegen Mitteis: Hupka S. 36 ff und Schloßmann I S. 102, 261 Anm. 1 und 288.

[4]) vgl. auch Seuffert, Lit. Ztg. S. 882.

[5]) Bd. I, § 73, Bd. II § 313.

[6]) S. 186, 226; vgl. oben § 3 erste Anm. Weitere Literatur zu dieser Frage siehe bei Hupka S. 39 Anm. 2, Schloßmann I S. 209 Anm. 2 und Endemann S. 398 Anm. 24.

[7]) vgl. Endemann S. 397—399, insb. Anm. 24.

Die Vollmacht aber ist ein, wie vom internen Gestionsverhältnisse, so auch vom Vertretungsakte völlig verschiedenes Rechtsinstitut, das nur die Bedingung und Grenze für die unmittelbare Wirkung des vom Vertreter selbständig gefaßten Geschäftswillens bildet [1]).

II. Nach Abscheidung dessen, was die Vollmacht nicht ist, fragen wir nunmehr nach ihrem wirklichen Wesen. Die Vollmacht ist kein Recht [2]), wie sie auch nicht in einer Verbindlichkeit besteht. Sie ähnelt zwar den Kannrechten der Zitelmann'schen Theorie [3]), das Gesetz spricht jedoch, wie Biermann (S. 21) hervorhebt, absichtlich weder von einem Vertretungsrecht, noch von einer Vertretungspflicht, sondern von einer Vertretungsmacht. „Die Erklärung des Vollmachtgebers gestattet dem Vertreter nicht ein Handeln dürfen, sondern ein Handeln können, sie gewährt ihm eine Erweiterung seiner rechtlichen Fähigkeiten, nicht seiner Rechte" (Biermann S. 21). Die Vollmacht ist vielmehr, wie der Besitz, ein selbständiges Rechtsverhältnis des BGB, d. h. sie knüpft Beziehungen, welche eine rechtliche Bedeutung haben [4]). Und zwar ist sie ein Rechtsverhältnis, welches nicht sofort mit seinem Entstehen an sich, sondern erst auf Grund des Hinzutretens bestimmter Tatsachen konkrete Rechte und Pflichten erzeugt Gewisse Rechte und Pflichten können zwar gleich mit der Perfektion der Vollmacht entstehen, man denke z. B. an den mit dem Besitze einer Vollmachtsurkunde verbundenen Besitzesschutz oder an das eventuelle Recht der Bevollmächtigten, mit dem Namen des Prinzipals zu zeichnen. Der Besitzesschutz knüpft sich aber nur an den mit der Vollmachtserteilung äußerlich verbundenen Besitzübergang, nicht dagegen an den Bevollmächtigungswillen, und auch die Rechte der zweiten Art sind nur Beiwerk, das mit dem eigentlichen Wesen der Vollmacht an sich nichts gemein hat. Nach Maßgabe der im Vorstehenden entwickelten

---

[1]) vgl. Hupka S. 39 u. Kuhl., BGB. § 167, Anm. 4.

[2]) vgl. Biermann S. 21, Eccius S. 211, Manigk S. 344, Staudinger § 167, Anm. 2, Büsgen S. 33, Mommsen S. 16 f, Motive Bd. I S. 233. — Abweichend Crome, der auf S. 459 von der Vollmacht als einem besonderen Rechte spricht.

[3]) Zitelmann, Internat. Privatrecht Bd. II S. 19 ff.

[4]) vgl. Dernburg, BGB. § 41, V S. 106.

Sätze ist die Vollmacht nach der herrschenden Lehre eine auf Erteilung durch den Vertretenen beruhende Macht, durch rechtsgeschäftliches, erkennbar im Namen des Vertretenen erfolgendes Handeln unmittelbare Wirkungen für und gegen den Vertretenen zu begründen [1]).

§ 5.

Schloßmann.

1. In prinzipiellem Gegensatze zu der den bisherigen Erörterungen zu Grunde liegenden Auffassung, daß die Vollmacht eine Voraussetzung direkter Vertretungswirkung sei, steht Schloßmann [2]), der überhaupt die Existenz einer Vollmacht im Sinne der herrschenden Lehre bestreitet. Schloßmann's Meinung über die Vollmacht hängt mit seiner Stellvertretungslehre zusammen. Er verwirft einmal die für die herrschende Lehre fundamentale Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung (I, S. 81ff, 150, 152, 158–160, 338), zweitens das Moment des „Kontrahierens in fremdem Namen" (I, S. 115—229. insbes. S. 170 und 228) [3]), dessen wahrer Kern nach seiner Meinung nur in dem „Kontrahieren unter der Vereinbarung, daß die Wirkungen nicht den Vertreter treffen sollen," besteht (II, S. 330 f),

[1]) Eine Zusammenstellung von Definitionen des Vollmachtsbegriffes findet sich bei Schloßmann I, S. 232, 245, 246, 248; vgl. hierzu noch: Cosack § 67, Crome § 104, Dernburg, BGB., § 161, VII und § 163, Endemann § 81, Hupka § 1—4, insbes. S. 22, 23, 27, 32, 35, 36, 39, 70, auch S. 106, 127, 135, 143, 150, 151 und 163, Kuhlenbeck BGB. § 167 Anm. 1, Laband S. 206, Lenel S. 13, Planck Vorbem. zum 5. Titel und Anm. zu § 167 ff, Staudinger § 164 Anm. 7, § 166, Anm. 5 u. 6, § 167 Anm. 1.

[2]) Der Einfachheit halber sollen im Folgenden die einschlägigen Stellen aus Schloßmann's Werk über die Stellvertretungslehre im Texte den betreffenden Sätzen in Klammern beigefügt werden, ohne daß jedesmal der Name Schloßmann besonders hervorgehoben wird.

[3]) Weder die Willenstheorie (I S. 169), noch die Vertrauenstheorie (I, S. 198—208), noch die Repräsentationstheorie in ihrer doppelten Fiktionsgestalt (I, S. 208, 209, 213) vermögen nach Schloßmann die direkte Vertretungswirkung zu erklären; vgl. auch I S. 339.

und drittens den Begriff der Vollmacht, der auf einen Zirkel hinausläuft (I, S. 229 ff, insb. S. 239, 380). Statt dessen spricht Schloßmann von einer spezifischen Vertretungswirkung, die sowohl die direkte wie die indirekte Stellvertretung umfaßt und darin besteht, daß im letzten Erfolge immer die wirtschaftlichen Wirkungen des Geschäfts das Vermögen des Vertretenen treffen (II, S. 3 ff, insb. S. 7). Zum Eintritt dieser spezifischen Vertretungswirkung verlangt er folgenden allgemeinen Tatbestand (II, S. 3 ff, insb. S. 51) [1]).

1. Das Bestehen eines der verschiedenen Vertretungsverhältnisse (Auftrag 2c.).

2. Eine vom Vertreter zur Erfüllung der ihm auf Grund jenes Verhältnisses obliegenden Pflichten für den Vertretenen vorgenommene Handlung.

3. Uebereinstimmung seines Verhaltens mit den Pflichten, die sich aus den für dies Vertretungsverhältnis geltenden Normen ergeben.

Die Gründe für die Verschiedenheit der Vertretungswirkung, für die mittelbare oder unmittelbare Uebertragung der Geschäftsresultate auf den Vertretenen, können liegen:

1. in der Natur der einzelnen Arten von Vertretungsverhältnissen (II, S. 114);

2. in einer Ungleichmäßigkeit in der historischen Entwickelung der verschiedenen Vertretungsverhältnisse (II, S. 115);

3. in einem tatsächlichen Moment, das zu dem allgemeinen Tatbestand hinzutritt (II, S. 116; dies natürlich nur als Voraussetzung *direkter* Vertretungswirkung, da der allgemeine Tatbestand zu *indirekter* Wirkung unter allen Umständen ausreicht: II, S. 117), z. B. in der Stellung des am Geschäft beteiligten Vertreters (I, S. 353), in der gesamten *wirtschaftlichen* Stellung, in den wirtschaftlichen Funktionen, die die betreffende Kategorie der Vertreter im Leben zu verrichten hat (I, S. 355). Nach diesen objektiven Momenten (I, S. 344) und nach den in den einzelnen Arten von Vertretungsverhältnissen maßgebenden Interessen (II, S. 307) ist

[1]) Weitere Details siehe in Bd. II § 8, § 9, § 10.

vom Standpunkte der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit [1]) aus zu erwägen, welche Behandlungsweise der Vertretungswirkung für jeden Fall die wertvollste ist (II, S. 118). Abweichungen des positiven Rechts von der de lege ferenda empfehlenswertesten Behandlungsweise sind durch von außen her wirkende Kräfte zu erklären (II, S. 119).

Bei dieser Konstruktion der Vertretungsverhältnisse kann Schloßmann freilich des Vollmachtsbegriffes entraten (II, S. 51—53) [2]); und um Schloßmann's Vollmachtstheorie zu widerlegen, müßte man eigentlich zunächst die Unrichtigkeit seiner Stellvertretungslehre nachweisen. Von diesem Unternehmen muß jedoch hier schon mit Rücksicht auf den Umfang des Schloßmann'schen Werkes Abstand genommen werden. Wir schließen uns in dieser Hinsicht der Kritik in der Literatur [3]) an, die einstimmig die herrschende Lehre durch Schloßmann's Destruktionsversuch nicht für erschüttert hält, und heben nur soviel hervor, daß Schloßmann bei Betrachtung des objektiven Rechts, welches an die Stelle einer materiell individualisierenden Behandlung eine abstrakt normative Regelung der Vertretungsverhältnisse gesetzt hat (II, S. 519 f), selbst zugiebt, daß das von ihm nachgewiesene Grundprinzip der direkten Vertretung im Leben zur Ausnahme geworden ist (II, S. 532).

2. Wir wenden uns nunmehr gleich den speziellen Erörterungen Schloßmann's über die Vollmacht zu.

a) Schloßmann hält die Vollmacht als rechtliche Macht nur für eine r e c h t l i c h e Eigenschaft, die in Wahrheit objektiv an einem Menschen nicht existiere, die vielmehr dadurch in unserer Vorstellung zur Eigenschaft von ihm werde, daß wir die durch einen Rechtssatz angeordneten Folgen gleichsam auf die Person projizieren und das so gewonnene Projektionsbild als die in der Person selbst gelegene Ursache der lediglich auf dem Rechtssatze beruhenden Wirkungen vorstellen (I, § 21, insbes. 235 f). Der Satz,

---

[1]) vgl. oben § 4 S. 11, Anm. 4.

[2]) vgl. auch T i t z e, a. a. O., S. 242, Spalte 1 unten.

[3]) O e r t m a n n, Archiv, Bd. XVIII, S. 378, H u p k a S. 23—28, M a n i g k S. 297 ff, T i t z e S. 241—244.

daß „das Vertretungsgeschäft gegen den Vertretenen wirke, wenn der Vertreter Vollmacht habe," sei demnach eine Tautologie. Denn er besage nichts Anderes, als daß „direkte Wirkungen für den Vertretenen allemal dann eintreten, wenn ein Tatbestand vorliege, an den das positive Recht direkte Wirkungen für den Vertretenen knüpfe" (I, S. 239). Statt zu sagen: „der Vertretene werde durch die Geschäfte des Vertreters verpflichtet, wenn dieser Vollmacht habe, und die Vollmacht werde begründet durch die Tatsachen a, b oder c" dürfe man direkt sagen: „der Vertretene werde verpflichtet, wenn die Tatsache a oder b oder c vorliege" (I, S. 239 f).

Die irrige Ansicht der herrschenden Lehre über das Wesen der Vollmacht als einer dem Vertreter innewohnenden „mystischen Kraft" (I, S. 233) führt Schloßmann hauptsächlich auf eine Verallgemeinerung der auf die Vollmachtsurkunde bezüglichen Wahrnehmungen zurück (I, S. 277 f), der auch Schloßmann wichtige Verkehrsfunktionen, nämlich den Legimitationszweck, d. i. den Zweck, bei Dritten als Motiv zum Abschluß von Geschäften mit dem Vorzeiger zu wirken, zuschreibt (I, S. 284). Einige dieser angeblichen Irrgänge der herrschenden Lehre werden uns unten [1]) bei den einzelnen Perfektionsfragen beschäftigen.

b) Hier führt uns der einmal berührte Gedanke der Legitimation gleich weiter zu Schloßmann's positiver Ansicht von dem Wesen der Vollmacht. Das Wort „Vollmacht" ist ihm nämlich nicht nur ein leeres Phantom. Immerhin halten sich unter seinem Pseudonym fragwürdige Gestalten versteckt (II, S. 463). „Das Wort Vollmacht ist ein zu plastischer Veranschaulichung zahlreicher Erscheinungen in der Lehre der Vertretung und zu kurzer, prägnanter Bezeichnung einer Reihe von Vorgängen in diesem Rechtsgebiete sehr brauchbarer Ausdruck" (II, S. 539). Die Bedeutung dieser in der Vollmacht enthaltenen erheblichen Momente liegt auf dem Gebiete des Prozeßrechts. Die Vollmacht ist nach Schloßmann ein außergerichtliches Geständnis (II, § 65, insbes. S. 474). „Der Vertretene bekundet dem Dritten gegenüber eine Tatsache, welche eines der von dem Dritten

[1]) vgl. z. B. § 9 a. E. und § 13, letzte Anm.

zu beweisenden Elemente des Tatbestandes der von ihm behaupteten Vertretungswirkung bildet, nämlich das Bestehen eines Vertretungsverhältnisses" (II, S. 475) [1]).

Die Beweiskraft des in der Vollmachtserklärung enthaltenen außergerichtlichen Geständnisses wird mit Rücksicht darauf, daß aus der im allgemeinen unbeschränkten Zulassung des Gegenbeweises gegen außergerichtliche Geständnisse der Sicherheit des Verkehrs erhebliche Gefahren drohen, mindestens bis zur Stärke des gerichtlichen Geständnisses künstlich gesteigert (II, S. 490). Der Schutz des gutgläubigen Verkehrs und des Instituts der Vertretung erheischt sogar noch eine über die dem gerichtlichen Geständnis beigelegte Bedeutung hinausgehende Kraft (II, S. 491) [2]).

Die herrschende Lehre stimmt insofern mit Schloßmann überein, als auch sie nicht bestreitet, daß die Vollmacht sehr häufig motivgebend auf den Geschäftsabschluß einwirkt, und zwar nicht nur bei dem Dritten, sondern auch bei dem Vertreter selbst [3]). Allein die Annahme, daß in der Vollmacht das Geständnis eines vorhandenen Grundverhältnisses liege, steht zu der von der herrschenden Lehre proklamierten Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Vollmacht dem Gestionsverhältnisse gegenüber in direktem Gegensatz.

3.) a) Das Schloßmann'sche Resultat wird als hinfällig gelten können, wenn der Nachweis gelingt, daß der ganze Angriff Schloßmann's auf den herrschenden Vollmachtsbegriff ein verfehlter ist. Das Hauptargument Schloßmann's besteht offenbar darin, daß die Vollmacht als rechtliche Eigenschaft in Wahrheit objektiv nicht existiere und so auf den oben [4]) genannten Zirkelschluß hinauslaufe. Demgegenüber bemerkt Manigk [5]) mit Recht, daß nicht nur die juristischen Eigenschaften von Personen, sondern überhaupt alle Rechtswirkungen in Wahrheit objektiv nicht existieren,

---

[1]) vgl. oben 1 bei Anm. 1, S. 20; ähnlich Büsgen S. 15.

[2]) Einschränkung siehe II, S. 492 f.

[3]) vgl. Manigk S. 394—396, Matthiaß I, S. 239 B. 1, Büsgen S. 15, Hölder, Archiv, LXXIII, S. 117, R. G. III, S. 187.

[4]) vgl. oben 2, a.

[5]) Manigk S. 340 ff und 8 ff; vgl. auch Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes, S. 6 ff.

vielmehr lediglich Vorstellungen sind. Auch Begriffe wie Eigentum, Servitut, Pfandrecht, Obligation, laufen auf die von Schloßmann gerügte Tautologie hinaus. Der Satz: „ich beanspruche Herausgabe der Sache, weil ich ihr Eigentümer bin," besagt gleichfalls nicht Anderes als: „ich beanspruche Herausgabe der Sache, weil gewisse Tatsachen bestehen, die nach dem geltenden Rechte den Anspruch auf Herausgabe der Sache bei mir erzeugen." Schloßmann's Methode führt also zu der Konsequenz, daß alle eine Rechtswirkung ausdrückenden Begriffe aus der Wissenschaft verschwinden müssen, eine Konsequenz, vor der auch Schloßmann sicherlich zurückschrecken wird. Das Hauptargument der Schloßmann'schen Kritik beweist demnach nur, daß nicht die Vertretungsmacht, sondern der ihr zu Grunde liegende Tatbestand die rechtliche Ursache für die Wirksamkeit der Vertretung abgiebt und der Rechtsbegriff der Vertretungsmacht selbst nur die unmittelbare Wirkung dieses Tatbestandes ist [1]), ein Beweisthema, das von der herrschenden Lehre überhaupt nicht bestritten wird. Der dem Rechtsbegriffe Vertretungsmacht zu Grunde liegende Tatbestand ist aber die faktische Macht des Vertreters. Diese wird nicht, wie Schloßmann (I, S. 253) annimmt, durch die vom Rechte gesetzte Verknüpfung direkter Wirkungen mit dem Tun des Vertreters erst begründet, sondern die tatsächliche Macht ist die ursprüngliche. Das Recht eilt nie den Tatsachen voraus. Als ewige Krankheit, freilich aber auch als eiserne, dem Wechsel schwankender Strömungen nicht unterworfene Kraft, schleppt es hinter den Ereignissen her. Auch in der Vollmacht hat die Rechtsordnung nicht ein leeres theoretisches Zukunftsgebilde völlig neu erfunden [2]), dem das Leben nun erst den wirklichen Inhalt zu geben hat, sondern auch hier ist das Leben die Mutter des Rechts gewesen. Die tatsächliche Macht des Vertreters im Verkehre, bei normalem Verlaufe des Vertretungsverhältnisses durch sein im Einverständnis mit dem Vertretenen erfolgendes Handeln in dem Vermögen des Vertretenen wirtschaftliche Erfolge zu begründen, ist die dem Rechtsbegriffe der Vollmacht zu Grunde liegende äußere

[1]) vgl. Hupka S. 26.

[2]) So Schloßmann I, S. 249.

Erscheinung, das „reale Etwas", das Schloßmann (I, S. 232) vermißt. Der innere Grund der dem Vertreter zustehenden Macht liegt in dem Willen des Vertretenen [1]), durch das vom Vertreter innerhalb der Vertretungsmacht in seinem (des Vertretenen) Namen zu schließende Geschäft berechtigt und verpflichtet zu werden [2]). Wenn freilich Schloßmann (I, § 10) das Willensdogma für eine völlig unhaltbare Anschauungsweise (I, S. 97) und ein sinnloses Theorem (I, S. 99) hält, so können wir hier diesem Grundprobleme der Rechtswissenschaft nicht weiter nachgehen. Wir stellen uns auf den Standpunkt des BGB., welches mit der herrschenden Lehre den individuellen Willen als schöpferische Kraft anerkennt [3]) und den Parteiwillen bezw. die Willenserklärung [4]) zum Fundamente des Rechtsgeschäfts erhebt, obgleich auch das Gesetz, ehe es dem Privatwillen den staatlichen Zwang verleiht, nach mehr als einer Richtung hin Prüfungen anstellt, „sowohl vom Standpunkte der Interessen der Nächstbeteiligten, wie in Rücksicht auf die mögliche Mitleidenschaft Dritter und das Interesse der Allgemeinheit" [5]).

Die übrigen Momente der Schloßmann'schen Kritik, der Hinweis darauf, daß die Römer nicht einmal einen Namen für die Vollmacht besessen haben (I, S. 249), daß der Nichtjurist von dem Gegensatze von Vollmacht und Auftrag nicht die „leiseste Ahnung" habe und einen diesbezüglichen Willen nicht haben könne (I, S. 273), daß endlich

---

[1]) vgl. Matthiaß I, S. 245, 2 c.

[2]) Einen solchen Willen muß der Vollmachtgeber bei Erteilung der Vollmacht immer haben, und insofern kann man allerdings mit Thöl von einem dreifachen Willen bei der Vertretung sprechen. Es berechtigt dies jedoch durchaus nicht zu der oben erwähnten künstlichen Theorie vom Doppelvertrag; vgl. oben § 4, I, 2. b. α und Manigk S. 308.

[3]) vgl. Gierke, soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 28 ff. (Berlin 1889).

[4]) Die Frage, ob das BGB. von der Willens- oder von der Erklärungstheorie ausgeht, ist hier unwesentlich und kann dahingestellt bleiben. Eine Zusammenfassung der Meinungen s. bei Neumann, Jahrb., Bem. 3 vor § 104 und die Bem. vor § 116; vgl. auch Kaufmann I, S. 85 u. 101, Matthiaß I, S. 170, III u. S. 206 f und Manigk S. 1 ff.

[5]) Kipp, Parteiwille, S. 5.

die neuere Theorie von der Vollmacht für die Bestimmung des Wesens ihrer Vollmacht nur die Fälle ins Auge gefaßt habe, in welchen die Vollmacht auf einer Erklärung des Vertretenen beruhe, die auf andere Tatbestände sich gründende dagegen völlig außer Acht lasse (I, S. 291), — diese Vorwürfe sind weniger erheblich und bei Hupka (S. 26 ff) und Manigk (S. 344 ff) treffend widerlegt.

b) Schloßmanns positive Konstruktion der Vollmacht aber ist gekünstelt und widerspruchsvoll. „Sie ist gekünstelt, denn sie entspricht nicht der natürlichen, unbefangenen Auffassung des Verhältnisses. Diese wird in der Vollmacht niemals eine Aussage darüber finden, daß etwas ist, sondern immer nur, daß jemand etwas will" (Titze, a. a. O., S. 244).

„Die Vollmacht ist keine Mitteilung von Tatsachen, kein Wissensakt, sondern ein Willensakt" (Titze S. 243).

„Die Konstruktion ist widerspruchsvoll, denn ihr zufolge ist die Vollmacht ein außergerichtliches Geständnis und ist doch wieder keines, da sie ja nach Schloßmann Wirkungen äußert, die sonst im Rechtsleben einem außergerichtlichen Geständnisse nie und nimmer zukommen." (Titze S. 244).

Muß nach alledem Schloßmann's Kritik der herrschenden Lehre sowie sein positives System des Vollmachtsverhältnisses als verfehlt erscheinen, so nehmen wir auf der anderen Seite umsomehr Veranlassung, an dem Vollmachtsbegriffe als „einer der größten Errungenschaften unserer modernen Rechtsentwickelung" [1]) festzuhalten. Auch unserer nunmehr folgenden speziellen Erörterung legen wir den Vollmachtsbegriff zu Grunde, wie wir ihn im Vorstehenden, insbesondere in § 4, entwickelt haben.

[1]) Crome S. 460 Anm 1.

2. Teil:

Die Perfektion der Vollmacht.

§ 6.

Überblick.

Wie über den Begriff der Vollmacht, so gehen auch über die Frage nach ihrer Perfektion die Meinungen vielfach auseinander, sodaß Schloßmann von diesem Punkte als von „einem mit Worten, Formeln und Fiktionen bevölkerten Abgrunde" (I, S. 259) spricht. Es handelt sich aber nicht nur, wie Schloßmann (I, S. 256) meint, um einen bloßen Wortstreit, sondern um Fragen [1]) von großer praktischer Tragweite. Die Probleme der Perfektion liegen hauptsächlich auf dem Gebiete der formellen Natur des Bevollmächtigungsgeschäfts, nur eine, allerdings bedeutsame, Frage betrifft die materiellen Erfordernisse einer Vollmacht. Die Hauptfragen sind folgende:

1. Ist die Bevollmächtigung ein Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft?
2. Und wenn letzteres, an wen richtet sich die einseitige Erklärung?
3. Ist Kenntnisnahme von der Erklärung seitens des Bevollmächtigten oder des Dritten erforderlich?
4. Welcher Form bedarf die Bevollmächtigung?
5. Ist endlich die Bevollmächtigung ein abstraktes oder ein kausales Geschäft?

---

[1]) vgl. Lenel S. 13 f.

Wir beantworten alle diese Fragen jedoch nicht in dieser losen Zusammenreihung, sondern gehen systematisch vor und suchen an den einschlägigen Stellen eine Lösung der aufgeworfenen Probleme zu finden.

Eine perfekte Vollmacht setzt dreierlei voraus:

1. einen Vollmachtgeber,
2. einen Vollmachtträger oder Bevollmächtigten,
3. einen Bevollmächtigungsakt.

Alle drei Faktoren müssen gewissen Erfordernissen genügen, um eine gültige Vollmacht zur Entstehung zu bringen. Wir erörtern zuerst in Kürze die juristischen Eigenschaften der beiden in Betracht kommenden Personen.

I. Die Entstehungsvoraussetzungen einer Vollmacht hinsichtlich der in Betracht kommenden Personen.

§ 7.

1. Der Vollmachtgeber.

Der Vollmachtgeber muß, da es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, willensfähig sein. Auch muß er die Fähigkeit besitzen, das Geschäft, zu welchem die Vollmacht erteilt wird, selbst für sich abzuschließen, es sei denn, daß die Vollmacht mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bestellt wird [1]). Es ist dagegen nicht völlig korrekt, wenn man, wie Cosack (S. 239, 3 b), von dem Vollmachtgeber volle Geschäftsfähigkeit verlangt. Denn da der beschränkt Geschäftsfähige nach § 107 BGB. rein vorteilhafte Rechtsgeschäfte selbständig vornehmen kann, so besteht für ihn auch die theoretische Möglichkeit, Vollmacht zu solchen Geschäften, z. B. zur passiven Vertretung bei Schenkung oder Schulderlaß, zu erteilen, wenngleich derartige Fälle in der Praxis wohl kaum vorkommen werden. Man denke aber auch nur an die Fälle

[1]) vgl. Crome S. 458, Anm. 2.

der §§ 112 und 113 BGB., wonach ein zu gewisser Selbstständigkeit ermächtigter Minderjähriger, ohne voll geschäftsfähig zu sein, zweifellos zu solchen Geschäften Vollmacht erteilen kann, zu deren selbständiger Vornahme er ermächtigt ist.

§ 8.

2. Der Vollmachtträger.

Der Bevollmächtigte muß gleichfalls willensfähig sein. Dies ergibt sich aus dem Begriffe der Vollmacht als einer Macht, durch rechtsgeschäftliches Handeln Vertretungswirkungen herbeizuführen, wozu ein Willensunfähiger nicht im Stande ist. Die einem Willensunfähigen erteilte Vollmacht ist nichtig. Sie ist nicht etwa durch den gesetzlichen Vertreter des Unfähigen auszuüben. Gültig ist dagegen die Bevollmächtigung eines Willensunfähigen, wenn sie ausdrücklich als eine suspensiv bedingte gewollt ist und die Bedingung in dem Eintritt der Willensfähigkeit besteht. Wann man in diesem Falle von der Perfektion redet, ist, wie bereits eingangs [1]) bemerkt, lebhaft bestritten. Wir scheiden jedoch die bedingte Vollmacht aus dem Kreise unserer Erörterung aus. Für diejenigen, welche die Bevollmächtigung für einen Vertrag zwischen Vertretenem und Vertreter halten [2]), ergibt sich das Requisit der Willensfähigkeit des Bevollmächtigten schon aus dem Erfordernis der Acceptation der Vollmachtsofferte. Nach Savigny [3]) und konsequenter Weise auch nach Thöl [4]) ist dagegen zur Entstehung einer Vollmacht Willensfähigkeit des Bevollmächtigten nicht erforderlich, da nach ihrer Theorie der Bevollmächtigte nur als Bote und Uebermittler der Vollmachtserklärung an den Dritten in Betracht kommt [5]).

Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten wird von der herrschenden Lehre nicht verlangt, da einmal die Begründung der Vertretungsmacht in der Person des Bevollmächtigten

[1]) vgl. oben § 1, 1.
[2]) vgl. unten § 9, 1.
[3]) vgl. oben § 4, I. 2. a.
[4]) vgl. oben § 4, I. 2. b. α.
[5]) vgl. Hellmann, Stellvertretung S. 145.

mit keinerlei Pflichten für diesen verbunden ist, und zum anderen auch die Wirkungen des vollmachtgemäßen Vertretungsgeschäfts den Vertretenen treffen, ein Schutzbedürfnis des Vertreters vor den nachteiligen Folgen unüberlegter Geschäfte also nicht besteht und somit auch die eventuelle Vertretereigenschaft des Bevollmächtigten nicht durch die Geschäftsfähigkeit des letzteren bedingt ist [1]). Wer im einzelnen willens- und geschäftsfähig ist, bleibe hier dahingestellt, wir wenden uns nun sogleich dem Bevollmächtigungsakte, und zwar zuerst der formellen Seite desselben zu. Hier taucht zunächst und hauptsächlich die Frage nach der äußeren Natur des Bevollmächtigungsaktes mit ihren in § 6 unter Ziffer 1—3 erwähnten drei Unterfragen auf.

II. Die Erfordernisse des Bevollmächtigungsaktes.

1. Abschnitt: Formelles.

A. Die äußere Natur des Bevollmächtigungsaktes.

§ 9.

Die Bevollmächtigung ist ein einseitiger Rechtsakt, kein Vertrag.

Ist zur Perfektion der Vollmacht eine Annahme der Bevollmächtigungserklärung erforderlich oder nicht, ist m. a. W. die Bevollmächtigung ein Vertrag oder ein einseitiger Rechtsakt? Diese Frage ist dann besonders wichtig, wenn auch die Annahmeerklärung der Vollmachtsofferte ihrerseits wiederum empfangsbedürftig ist. Der Zeitpunkt der Perfektion kann sich alsdann unter Umständen bedeutsam verschieben. Ist hingegen eine Erklärung der Annahme dem Antragenden

[1]) vgl. § 165 BGB. Für das interne Verhältnis zwischen dem Vertretenen und einem minderjähr. Vertreter wird zumeist die Einwill. des gesetzl. Vertreters des letzteren erforderlich sein.

gegenüber nicht erforderlich (wie z. B. dann, wenn die Annahme der Vollmachtsofferte in der realen Ausführung des vollmachtgemäßen Vertretungsgeschäftes oder darin liegen soll, daß der Bevollmächtigte im Hinblick auf seine Vollmacht handelt), so ist die Streitfrage, ob die Vollmacht ein einseitiger oder zweiseitiger Akt ist, allerdings von geringerer praktischer Tragweite [1]).

Die Entscheidung der Frage ist wesentlich durch die Auffassung von dem Begriffe der Vollmacht bedingt.

1. Der älteren Lehre, die Vollmacht und Auftrag identifiziert [2]), ist die Bevollmächtigung ein Vertrag zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, der Savigny'schen Theorie [3]) hingegen, soweit es sich wenigstens um Vertretung in Kontrakten handelt, ein Vertrag zwischen dem Vertretenen und dem Dritten [4]). Beide Ansichten brauchen nicht widerlegt zu werden, da sie nur Konsequenzen einer bereits oben (§ 4) als unrichtig nachgewiesenen Begriffsbestimmung sind.

Aber auch nach Laband (S. 208) [5]), dessen Vollmachtsbegriff der herrschenden Lehre entspricht, ist die Bevollmächtigung „ein (vom Mandat verschiedener) Konsensual-Vertrag, durch welchen die Kontrahenten sich gegenseitig verpflichten, daß Rechtsgeschäfte, welche der eine Kontrahent (der Bevollmächtigte) namens des anderen (des Vollmachtgebers) abschließen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der letztere selbst geschlossen."

Demgegenüber bemerkt jedoch Hupka (S. 86), daß nur Leistungen mögliche Objekte einer Obligation sind, daß die rechtliche Wirksamkeit einer Handlung aber keine Parteileistung, sondern ein von der Rechtsordnung prästierter Erfolg ist, und daß die Parteien somit den ihnen von Laband imputierten Verpflichtungswillen in Wahrheit niemals haben können. Im übrigen läuft auch die Labandsche

[1]) vgl. Zimmermann S. 89, N. 107 a und Mitteis S. 188, N. 208.

[2]) vgl. oben § 4, I, 1.

[3]) vgl. oben § 4, I, 2, a.

[4]) Ueber die Konsequenzen der nicht so ausgeprägt typischen Theorien von Thöl und Mitteis (vgl. oben § 4, I, 2, b) siehe Hupka S. 87 Anm. 1 gegen Mitteis S. 185, 186, insbes. Anm. 201.

[5]) vgl. auch R. G. III, S. 186, IX, S. 370.

Konstruktion des Bevollmächtigungsvertrages auf die bereits oben [1]) verworfene von ihm in der Stellvertretungslehre angenommene Fiktionstheorie hinaus.

2. De lege lata ist unsere Streitfrage im Sinne der zweiten Alternative entschieden, daß nämlich die Bevollmächtigung ein einseitiger Rechtsakt ist. Der § 167 BGB. erwähnt das Erfordernis einer Annahme nicht [2]). In den Protokollen (Bd. I, S. 146) heißt es ausdrücklich: „Mit Rücksicht auf die vorhandenen Kontroversen bestehe ein dringendes praktisches Bedürfnis, den rechtlichen Charakter der Vollmacht als einer einseitigen einem Anderen gegenüber abzugebenden Willenserklärung zum Ausdruck zu bringen." Dieser Standpunkt entspricht auch allein der herrschenden Lehre [3]). In der Begründung desselben gehen die Ansichten freilich wieder weit auseinander. Man beruft sich auf die einseitige Natur der Genehmigung [4]), des iussus und der praepositio [5]), sowie auch derjenigen Akte, zu denen die Vollmacht ermächtigt [6]), oder darauf, daß der Bevollmächtigte im Augenblicke seiner Handlung das Bewußtsein hat, bereits

---

[1]) vgl. § 4 S. 17, Anm. 6.

[2]) vgl. auch Mot. I, S. 229; — § 87 CPO. und das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht sprechen noch von einem Vollmachtvertrag; s. Hupka, Ger.-Ztg. Nr. 10, S. 80.

[3]) vgl. die bei Hupka S. 87, Anm. 2 und Schloßmann I, S. 256, Anm. 3 angegebene Literatur und dazu noch Biermann S. 21, Büsgen S. 13—19, Cosack S. 233, I, 1, a, Crome S. 459, Dernburg, BGB., S. 474, II, Eccius S. 209, Endemann S. 403, Lenel S. 15, Leonhard, Ger.-Ztg. S. 102, Manigk S. 343f, Matthiaß S. 239, B, 1, Mommsen S. 30, Planck § 167, Anm. 2, Staudinger § 167, Anm. 2 und and. R. G. 18, Nr. 32, 20 Nr. 13.

[4]) So Regelsberger, Krit. Viert. Schr. XI S. 369.

[5]) So Hellmann, Stellvertr., S. 111 f. Hellmann bemerkt auch auf S. 112, daß die Quellen, wo sie (wie z. B. in l. 41 § 1 D. de rei vindicatione 6, 1 und l 14 D. de Publiciana in rem actione 6, 2) von Bevollmächtigung reden, nie von einem Vertrage sprechen, sondern immer nur auf den vorhandenen Vollmachtswillen des Prinzipals (voluntas) hinweisen.

[6]) So Lenel S. 15.

bevollmächtigt zu sein [1]). Keins dieser Argumente ist jedoch einzeln für sich stichhaltig, wie Hupka (S. 87 Anm. 2) und Schloßmann (I, S. 257—259 gegen Lenel) zutreffend ausführen. Der wahre Grund für den einseitigen Charakter der Bevollmächtigung liegt vielmehr darin, daß die Vollmacht nach ihrem Wesen „einzig und allein die Interessen des Prinzipals tangiert" (Hupka S. 88) und es zu ihrer Entstehung daher nach der Natur der Sache auch nur des Prinzipalwillens bedarf [2]).

Aus der einseitigen Natur der Bevollmächtigungserklärung ergibt sich nicht, „daß die daran etwa sich schließende Wirksamkeit wegfällt, wenn der Empfänger der Erklärung zustimmt, oder wenn die Erklärung Bestandteil eines anderen zweiseitigen Rechtsgeschäfts ist" (Eccius S. 209) [3]). Daraus, daß die Bevollmächtigung einer Annahme nicht bedarf, resultiert jedoch die Konsequenz, daß eine Zurückweisung bezw. Ablehnung der Vollmacht, wie sie Romeick (S. 137—139, 146—148) für möglich hält, als ausgeschlossen erscheinen muß. Der Bevollmächtigte braucht sich ja nicht auf ein internes Verpflichtungsverhältnis dem Vollmachtgeber gegenüber einzulassen [4]), und der Dritte kann, soweit es sich nicht um einseitige Rechtsgeschäfte des Vertreters handelt, sich weigern, mit dem Bevollmächtigten in Verbindung zu treten, aber auch die nicht benutzte und dem Bevollmächtigten wider

---

[1]) So Mitteis S. 186. — Nach Mitteis führt die Auffassung, daß die Bevollmächtigung ein Vertrag sei, auch in concreto zu unrichtigen Resultaten: „So würde, wenn der dominus vor dem Rechtsgeschäft des Vertreters verstürbe, seine noch nicht acceptierte Vollmachtsofferte natürlich wie jede andere Offerte durch den Tod erlöschen. Da dies nun zweifellos nicht geschieht, sondern der dritte Kontrahent in seinem Vertrauen auf die Vollmacht geschützt wird, wenn der Vertreter auf Grund der ihm offerierten Vollmacht gehandelt hat, wird man wohl annehmen müssen, daß dieselbe schon von Anfang an, also durch die einseitige Bevollmächtigung seitens des dominus vorhanden war."

[2]) Siehe auch Karlowa S. 59.

[3]) Aehnlich Mitteis S. 185.

[4]) Die Behauptung von Eccius (S. 219), daß man aus einer dem Vertreter erklärten (!) Spezialvollmacht gleichzeitig auf einen Auftrag schließen dürfe, ist m. E. in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend.

seinen Willen erteilte Vollmacht bleibt noch immer eine Vollmacht [1]).

3. Schloßmann (II, S. 417—436) übt an unserem Ergebnisse eine doppelte Kritik. Er wendet sich einmal gegen die Auffassung der Bevollmächtigung als eines Rechtsakts und zum anderen gegen das Moment der Einseitigkeit.

a) „Als Akt und daher auch als Rechtsakt," so führt er aus, „kann man immer nur einen Vorgang von einer gewissen zeitlichen Konzentration bezeichnen. Niemand wird von einem Rechtsakt sprechen, wenn aus verschiedenen, zeitlich vielleicht sehr weit auseinanderliegenden, unter sich in keinerlei innerem Zusammenhange stehenden Handlungen oder Unterlassungen einer Person mittels einer sie alle zusammenfassenden Betrachtung in der Vorstellung auf das Vorhandensein einer bestimmten Absicht in deren Seele geschlossen werden kann" (II, S. 419 f). Bei der stillschweigend erklärten Vollmacht [2]), insbesondere dann, wenn der Vertretene zu wiederholten Malen Vertretungsgeschäfte eines nicht expressis verbis bevollmächtigten Vertreters als für sich bindend anerkannt hat, „würden wir somit einen Bevollmächtigungsakt haben, der gar kein Akt ist, sondern nur eine Summe verschiedener, unter einander in keinem notwendigen Zusammenhange stehenden, sich vielleicht über einen jahrelangen Zeitraum erstreckenden Erklärungen, Handlungen, Unterlassungen" (II, S. 421, vgl. auch S. 497 ff).

Dieser Vorwurf Schloßmanns trifft u. E. nur das Wort, nicht die Sache. Es ist allerdings zuzugeben, daß bei einer stillschweigend abgegebenen Willenserklärung der Zeitpunkt der Erklärung sich nicht immer so genau bestimmen läßt wie bei einer ausdrücklichen. Wann sie als abgegeben angesehen werden kann, bleibt Tatfrage, die im Zweifel durch das Gericht nach Maßgabe der Verkehrs-

---

[1]) vgl. Romeick S. 140, Hupka S. 390, Mommsen S. 32 und Schloßmann II, S. 428 bis 434. — Mit Rücksicht auf die einseitige Natur der Bevollmächtigung ist auch die von Lenel (S. 38) gewählte Bezeichnung des Bevollmächtigten als eines „Vollmachtnehmers" keine glückliche, da dies Wort leicht den Anschein erweckt, als ob eine Annahme erforderlich wäre.

[2]) Daß eine solche Erteilung möglich ist, darüber siehe unten § 12, 1.

anschauungen zu entscheiden sein wird. Das zeitliche Moment soll aber auch mit der Verwendung des Wortes „Rechtsakt" gar nicht in erster Linie zum Ausdruck gebracht werden. Die zu bezeichnende Hauptsache ist vielmehr das Vorliegen einer Willenserklärung überhaupt. Eine Willenserklärung ist aber auch in dem obigen Falle stillschweigender Duldung fremder Vertretung gegeben. Glaubt man jedoch, wie Schloßmann, von der zeitlichen Bedeutung des Wortes „Rechtsakt" nicht absehen zu dürfen, so kann man, unbeschadet der Sache, sich einfach eines anderen Ausdruckes, wie etwa der Bezeichnung „Rechtsgeschäft", bedienen[1]). Wenn Schloßmann freilich weiter hervorhebt, „daß, wer öfters die von einem anderen in seinem Namen geschlossenen Geschäfte als für sich bindend anerkennt, keineswegs auch immer die Absicht haben muß, damit auch für die Zukunft eine Vollmacht zu derartigen Geschäften zu erteilen" (II, S. 422), daß also m. a. W. in Fällen der bezeichneten Art nicht immer auch eine Willenserklärung gegeben zu sein brauche, so ist dies Argument gewichtiger. Es ist ihm aber entgegenzuhalten, daß für die Beurteilung des durch stillschweigendes Verhalten zum Ausdruck kommenden Willens die Erklärungs- und nicht die Willenstheorie maßgebend ist.

b) Den Satz, daß der Bevollmächtigungsakt ein einseitiger sei, sucht Schloßmann durch Darlegung der praktischen Konsequenzen zu erschüttern. Allein die Folge, daß man bei der einseitigen Natur des Bevollmächtigungsakts Kaiser und Könige bevollmächtigen könne, ist durchaus nicht, wie Schloßmann (II, S. 428, 432) annimmt, eine „interessante Utopie". Wie man den Kaiser zum Erben einsetzen oder einen Kauf mit ihm abschließen kann, warum soll man ihn nicht auch zum Bevollmächtigten machen können? Eine andere Frage ist es freilich, inwieweit Art. 57 des E. G. zum BGB. dem entgegensteht.

Auch die zweite Konsequenz, die Schloßmann anführt, daß nämlich der Bevollmächtigte, bei der Unzurückweisbarkeit der Vollmacht, wider seinen Willen mit zahllosen Vertretungsangelegenheiten behelligt werden können, ist nicht beweisend.

[1]) Der Terminus „Rechtsakt" hat den Vorzug, daß er nicht den oben in § 2, 3. a und b erwähnten Bedenken unterliegt.

Einmal werden Vollmachten, die gegen den Willen des Bevollmächtigten erteilt sind, im Leben selten sein. Aus Ausnahmen dürfen aber keine Schlüsse für den Regelfall gezogen werden. Sodann werden aber auch die Folgen einer wider den Willen des Bevollmächtigten erteilten Vollmacht für den Bevollmächtigten gar nicht so ungeheuerlich sein, wie Schloßmann (II, S. 429 f) sie darstellt. Der Bevollmächtigte, der einmal den mit dem Prinzipal in Geschäftsverbindung stehenden Dritten mitgeteilt hat, daß er die Vollmacht nicht ausüben will, wird in Angelegenheiten des Machtgebers nicht wieder überlaufen werden. Das noch übrig bleibende geringe Maß von Belästigung, das mit der Bevollmächtigung verbunden sein kann, muß eben jeder, der die Vorteile des Verkehrs genießt, gerade so gut in den Kauf nehmen, wie er sich beispielsweise auch nicht gegen erstmalige Zusendung unbestellter Waren schützen kann.

c) Schloßmann (I, S. 286—290) erklärt sich die Entstehung der Ansicht, daß es neben dem Auftrage einen selbständigen konstitutiven Bevollmächtigungsakt gebe, aus dem Wortlaute der Vollmachtsurkunde. „Da sehr häufig die Urkunde nicht, wie es eigentlich ihrer Natur entsprechen würde, über das Bestehen des Auftrages oder der in allgemeiner Fassung angedeuteten sonstigen Beziehung zwischen Vertreter und Vertretenem berichtet (N. N. ist von mir beauftragt), sondern wohl überwiegend den Aussteller als einen im Moment der Ausstellung Handelnden und jene Beziehung Begründenden bezeichnet (hiermit, hierdurch beauftrage ich, bevollmächtige ich den N. N.), so konnte leicht der Schein entstehen, als wäre die Erteilung der Urkunde ein konstitutiver Akt.“ (I, S. 289). „Weil man nun die im gewöhnlichen Leben als Vollmacht bezeichnete Vollmachtsurkunde mit der von der neueren Theorie ersonnenen Vollmacht vermengte, ist mancher dazu verleitet worden, die bei oberflächlicher Betrachtung an der schriftlichen Vollmacht in die Augen fallenden Erscheinungen als im Wesen der Vollmacht der neueren Theorie begründet anzusehen.“ (I, S. 286).

Dieser Erklärungsversuch Schloßmanns muß als mißlungen bezeichnet werden. Er geht von der bereits

oben [1]) verworfenen Voraussetzung aus, daß die Vollmachtsurkunde mit dem in ihr enthaltenen außergerichtlichen Geständnis nur zur Legitimation diene. Im übrigen aber ist es ein Anachronismus, wenn man aus einer Vollmachtsurkunde, die doch bereits eine Vollmacht voraussetzt, das Wesen der bereits vorausgesetzten Vollmacht erst ableiten will. Das Gleiche gilt, wenn Schloßmann (I, S. 286) die öfter von dem Bevollmächtigungsgeschäft geforderte Richtung an den Dritten oder an Dritte auf eine Verallgemeinerung der der Vollmachtsurkunde zukommenden gleichen Eigenschaft zurückführt.

Mit diesem Punkte sind wir jedoch bereits an die zweite Frage von der äußeren Natur des Bevollmächtigungsaktes, an den Brennpunkt unseres Themas, herangetreten.

§ 10.

2. Die Vollmachtserklärung ist grundsätzlich empfangsbedürftig und kann in der Regel wahlweise gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, dem Dritten oder dem Publikum abgegeben werden.

An wen richtet sich die einseitige Bevollmächtigungserklärung?

I. Ist sie überhaupt empfangsbedürftig, oder genügt es z. B., wenn man eine Vollmachtsurkunde versiegelt in seinen Schreibtisch legt, wie ein holographisches Testament? [2]) Der wirtschaftliche Zweck der Vollmacht erfordert entschieden eine Verlautbarung des Bevollmächtigungswillens nach außen hin. Normaler Weise wird weder der Vertreter noch der Dritte ein Vertretungsgeschäft eingehen, wenn sie nicht sichere Gewähr für das Bestehen einer Vollmacht haben. Die Rechtssubjekte, die durch die Vollmacht zu den Rechtsverhältnissen des Vollmachtgebers in Beziehung gebracht werden sollen, sind nach der Natur der Sache zu Empfängern

[1]) § 4, 2a.

[2]) vgl. Schloßmann II, S. 127; siehe auch Dernburg, BGB., S. 475, IV; vgl. § 10, S. 50 Anm. 1.

der Bevollmächtigungserklärung berufen [1]). Auch die stillschweigende Bevollmächtigungserklärung ist empfangsbedürftig [2]).

II. 1. Die externe Funktion der Vollmacht [3]) hat nun aber bei manchen Schriftstellern den Gedanken gezeitigt, daß nur der Dritte der wahre Anerklärte [4]) der Bevollmächtigung sei.

a) Neben Savigny, Mitteis und Thöl [5]), deren oben [6]) widerlegte Vollmachtstheorien zu dieser Konsequenz nötigen, ist es besonders Lenel, der in dem Dritten den Endadressaten der Vollmachtserklärung erblickt. „Die in fremdem Namen abgegebenen Willenserklärungen eines Vertreters . . . . . geben sich auch dem Dritten, dem gegenüber sie vorgenommen werden, offen als solche zu erkennen und geben damit weiter zu erkennen, daß sie zu ihrer Rechtswirkung noch der Zustimmung des Inhabers dieser Rechtssphäre bedürfen. Die in fremden Namen vorgenommene Willenserklärung weist durch sich selbst auf die Notwendigkeit ihrer Ergänzung durch eine weitere Willenserklärung hin; sie ist an sich für den beteiligten Dritten nur erst der Torso eines Rechtsgeschäfts. Der Dritte aber hat ein wohlbegründetes Interesse daran, zu erfahren, ob er es bloß mit einem solchen Torso oder mit einem vollkommenen Rechtsgeschäft zu tun hat." (Lenel S. 13).„ Die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit der vom Vertreter in unserem Namen ab-

---

[1]) Holz, S. 9 f: „Die Bevollmächtigungserklärung kann nur dann juristischen Wert besitzen, wenn sie einem der Interessenten gegenüber abgegeben wird." — vgl. auch unten § 10 S. 53 bei Anm. 2.

[2]) Daß empfangsbedürftige Willenserklärungen stillschweigend sein können, betont Enneccerus S. 153, II. Auch nach Schloßmann (II, S. 423) „wird man von Handlungen, die gerade auf das Verhältnis des Handelnden zu einem Dritten eine Beziehung haben oder eine solche zu begründen bezwecken, aussagen können, sie seien ihm gegenüber vorgenommen, allerdings immer nur dann, wenn sie absichtlich so vorgenommen sind, daß der andere Kenntnis von der Handlung erlangen kann, oder doch wenigstens in dem sicheren Bewußtsein, daß er es könne." Vgl. unten § 10 a. E.

[3]) vgl. oben § 4, I 1c Ziffer 3.

[4]) Ausdruck von Crome, S. 324 u. Endemann S. 309.

[5]) vgl. auch noch Seufferts Archiv 44, N. 174, 28 Nr. 29 und 29 Nr. 28 und Bähr S. 341 f; zu letzterem oben § 2, S. 4, Anm. 2.

[6]) § 4, I, 2.

gegebenen Erklärung beruht darauf, daß sie von uns wiederum dem Dritten gegenüber, wenn auch nicht gerade als unser Wille, so doch als mit unserem Willen abgegeben bezeichnet wird." (S. 14 f). Als „integrierendes Stück der rechtsgeschäftlichen Erklärung" (des Vertreters) „ist die Vollmacht notwendig ein einseitiger Rechtsakt dem Dritten gegenüber: bei den Willenserklärungen, die hier in Frage stehen, muß der Dritte unsere Gesinnung kennen, wenn er sich uns gegenüber berechtigt oder verpflichtet fühlen soll; ihm gegenüber also ist unser Wille, uns die in unserem Namen ergangene Willenserklärung anzueignen, zu erklären." (S. 15.) „Die Vertretungsmacht des Vertreters ist bloß eine Reflexwirkung der dem Dritten abgegebenen Vollmachtserklärung. Wird die Vollmacht dem Bevollmächtigten kundgegeben, so hat dies an sich bloß die tatsächliche Bedeutung, daß darin für diesen eine Veranlassung liegen kann, oft auch liegen soll, namens des Prinzipals zu kontrahieren. Wird die Vollmacht durch den Bevollmächtigten selbst dem Dritten kundgegeben, so fungiert der Bevollmächtigte hierbei lediglich als Bote" (S. 16) [1]). „Die Vollmacht muß, um wirksam zu werden, notwendig an den beteiligten Dritten gelangt sein." „Und zwar ist zu fordern, daß dem Dritten die Vollmacht direkt oder indirekt (mittels Boten u. dergl.) durch den Prinzipal selbst erklärt sei; hätte der Dritte zufällig auf Umwegen von der dem Vertreter erteilten Vollmacht Kenntnis erhalten, so ersetzt dies zufällige Wissen nicht die Erklärung des Prinzipals; was zwischen Prinzipal und Vertreter vorgegangen, geht den Dritten, solange es ihm nicht in gehöriger Weise erklärt ist, gar nichts an." (S. 19).

Dieser Ansicht Lenels folgt auch Mommsen (S. 27 und 33, insbes. Anm. 2).

---

[1]) Romeick (S. 140 f) bemerkt hierzu: „Sollte nicht in diesem Falle, d. h. wo der Vollmachtgeber dem Dritten keine Erklärung abgibt, — die Vollmacht zum Rechtsgeschäft begriffsnotwendig die Vollmacht zur Mitteilung der Bevollmächtigung an den Dritten enthalten, — derart, daß der Bevollmächtigte auch zum Betreff dieser Mitteilung als Bevollmächtigter, nicht als Bote, als lebendiger Brief, handelt: denn ohne diese Mitteilung ist die Ausübung der Vollmacht gar nicht möglich."

b) Auch Endemann (§ 81, 2 und 3, S. 403 ff) ist der Meinung, daß eine wahre Vollmacht nur durch Erklärung gegenüber dem Dritten begründet werde. Er unterscheidet eine „echte Vollmachtgebung" „durch Erklärung gegenüber dem Dritten, gegen den die Vertretung stattfinden soll" (S. 404) und eine „unechte oder abgeleitete Vollmachtgebung" „durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden" (S. 406 und 405). Nur die erstere begründet einen „objektiv wirkenden Tatbestand", die zweite dagegen „bloß eine von dem inneren Grundverhältnis abhängige Vertretungsmacht" (S. 404 und 406). Bei der letzteren liegt aber das „konstitutive Element zu einer wahren Vollmacht" wiederum auch erst darin, daß der „Dritte durch den Bevollmächtigten Kenntnis von der eingeräumten Vertretungsmacht erhält" (S. 406 Anm. 22).

c) Denselben Gegensatz von abhängig und objektiv errichteter Vollmacht stellt Titze (S. 243) auf. Er hält freilich in bewußtem Gegensatze zu Schloßmanns eigener Absicht und Ansicht durch Schloßmanns Ausführungen über die Stellvertretung „die Erkenntnis für gefördert, daß die dem Vertreter gegenüber erklärte Vollmacht und die dritten Personen gegenüber erklärte Vollmacht juristisch sehr verschiedene Dinge sind." Nach Titze ist „die dem Vertreter gegenüber erklärte Vollmacht nichts weiter als eine ihm vom Vertretenen zwecks Erfüllung der dem Vertreter auf Grund des Vertretungsverhältnisses obliegenden Pflichten erteilte Instruktion." „Sie ist ohne Mandat 2c. nicht denkbar." „Es kommt ihr keine selbständige Bedeutung zu. Sie hat nicht den Charakter eines Rechtsgeschäfts." Die dem Dritten gegenüber kundgetane Vollmacht dagegen ist eine „selbständige Vollmacht" und „offenbar ein Privatrechtsgeschäft." Aus den kurzen, einer näheren Begründung entbehrenden Ausführungen ist jedoch nicht genau ersichtlich, ob Titze nur mit Rücksicht auf die abstrakte bezw. kausale Natur der Bevollmächtigung die Scheidung vornehmen will, oder ob er mit Endemann in der dem Dritten kundgetanen Vollmacht allein die wahre Vollmacht erblickt.

d) Bedeutend bestimmter fordert wieder Hellwig (S. 520 ff) [1]), daß die Vollmacht dem Dritten gegenüber

[1]) vgl. auch Kipp bei Windscheid § 74 Anm. 2a.

erklärt werde. Er empfiehlt eine genaue Berücksichtigung des Prozeßrechts, das gerade an dem hier streitigen Punkte den richtigen Weg weise „Im Prozesse wird die Bevollmächtigung erst dann beachtlich, wenn sie dem Prozeßgegner kundgegeben ist. Das heißt nicht etwa, daß die Erklärung an den Prozeßvertreter ein völlig bedeutungsloser Akt ist, sondern nur, daß sie als solche nach außen hin keine Bedeutung hat. Die Bevollmächtigung als eine lediglich an den Vertreter gerichtete Erklärung ist lediglich die Ermächtigung, daß er unter Kundgebung seiner Vollmacht und dann mit direkter Wirkung für den Vollmachtgeber handelt. Bis er dem Gegner seine Bevollmächtigung mitgeteilt, oder bis dieser von dem Vertretenen selbst die Erklärung erhalten hat, ist der Gegner weder berechtigt noch verpflichtet, den Vertreter als den Bevollmächtigten zu behandeln, genauer: die Vollmacht existiert ihm gegenüber vorher nicht, die Bevollmächtigung ist vorher noch ein imperfekter Rechtsakt." „Das Alles ist keine Eigentümlichkeit der prozessualen Vollmacht, sondern liegt im allgemeinen Wesen der Vollmacht" (S. 521). „Essentiell hat die Bevollmächtigung die Richtung auf bestimmte Personen, und zwar nicht nur auf die Person des Stellvertreters, sondern mindestens ebenso sehr auf die Person des Dritten."

„Die Bevollmächtigung bezweckt ebenso sehr, die Handlungen des Vertreters gegenüber dem Dritten, wie die Handlungen des Dritten gegenüber dem Vertreter unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirksam zu machen." (S. 522). „Wenn der Dritte notwendig wissen muß, daß er mit einem Bevollmächtigten zu tun hat, wenn es aber nicht erforderlich ist, daß der Bevollmächtigte seine Vertretungsmacht kennt, so ist es evident, daß der Dritte der Adressat der Bevollmächtigungserklärung ist, und daß diese *schon* dann und *erst* dann vollendet ist, wenn sie *an den Dritten gelangt* ist." (S. 523).

i

Hellwig führt auch noch einige positive Bestimmungen des BGB. zum Beweise für die Richtigkeit seiner Behauptung an. Diese Argumente müssen jedoch hier ausscheiden, da es sich für uns einstweilen um eine Prüfung der Frage de lege

ferenda handelt. Erst später bei der Betrachtung des BGB. [1]) werden uns diese weiteren Ausführungen Hellwigs beschäftigen.

Prüfen wir nun aber die von den genannten Autoren aufgestellten Thesen und ihre Begründung, so ergibt sich die Unhaltbarkeit der Lehre, daß die Vollmacht nur durch Erklärung dem Dritten gegenüber zur Existenz gelangen könne.

Zu a.) Was zunächst die Lenelschen Erörterungen betrifft, so ist ihre Voraussetzung bereits eine unrichtige. Lenel (S. 15 Anm. 1) geht von der Mitteisschen Grundauffassung aus, die wir schon oben [2]) verworfen haben, und die auch Hellwig (S. 521) nicht für begründet hält.

Aber auch abgesehen hiervon, sind die Ausführungen Lenels nicht stichhaltig [3]). Die dem Vertreter gegenüber erklärte Bevollmächtigung wird nach Lenel erst dadurch perfekt, daß der Vertreter dieselbe als Bote dem Dritten kundgibt. Hierbei ist jedoch zunächst zweierlei zu beachten. Einmal setzt die Ausführung einer Botschaft einen diesbezüglichen Auftrag voraus. Ein solcher liegt aber keineswegs bei jeder Bevollmächtigung vor. „Er kann nur dort angenommen werden, wo der Prinzipal wirklich, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, den Willen manifestiert hat, daß der von ihm Bevollmächtigte die Vollmacht dem Dritten mitteilen solle“ (Hupka S. 100). Die Erteilung eines solchen ausdrücklichen Auftrages ist dem Verkehre fremd. Einen stillschweigend erteilten Auftrag könnte man allenfalls dann annehmen, wenn der Vertretene dem Vertreter eine zur Vorlegung an Dritte bestimmte Vollmachtsurkunde einhändigt. Allein „die Ausstellung einer Vollmachtsurkunde geschieht nicht aus juristischen, sondern aus rein praktischen Erwägungen“. „Der Vertretene verfolgt mit der Behändigung der Urkunde nur den Zweck, dem Dritten die Tatsache der bereits erfolgten Bevollmächtigung klarzustellen,“ dagegen hat er „nicht den Willen, daß die Bevollmächtigung erst

---

[1]) vgl. unten § 10, III, 2.

[2]) § 4, I. 2, b, β.

[3]) Siehe gegen Lenel auch Romeick S. 139, 140, Bing S. 13, 14, Holz S. 20 und Lax S. 15, 22.

durch die Verweisung der Urkunde an den Dritten zustande komme" (Hupka S. 100) [1]. Bei einer in formloser Weise (mündlich, brieflich und insbesondere stillschweigend durch bloßes Dulden der Geschäftsführung des Vertreters) dem Vertreter kundgegebenen Vollmacht kann aber von einem in der Bevollmächtigung liegenden Auftrage der gedachten Art überhaupt keine Rede sein. Hier einen stillschweigend erteilten Auftrag zu subintelligieren, muß mit Recht als eine Fiktion bezeichnet werden [2].

Zum anderen richtet aber auch der Vertreter bei der Vornahme des Vertretungsaktes keineswegs immer die nach Lenels Ausführungen erforderliche Botschaft auch wirklich aus. Wenn Lenel freilich die „botenmäßige Mitteilung" schon darin erblickt, daß „der Vertreter sich dem Dritten gegenüber als bevollmächtigt geriert" (S. 17), daß er z. B. als Aussteller einer schriftlichen Geschäftserklärung an den Dritten „sich in der Unterschrift als Vertreter des Prinzipals bezeichnet oder auch einfach mit dem Namen des Prinzipals unterzeichnet," (S. 25), so „operiert auch diese Behandlung wiederum mit Fiktionen" (Hupka S 101).

Die Beispiele, die Lenel zum Beweise dessen anführt, daß die Konsequenzen seiner Auffassung „den in der Praxis feststehenden Grundsätzen entsprechen und in Zweifelsfällen allein zu unser Rechtsgefühl befriedigenden Entscheidungen führen" (S. 15), bedingen durchaus nicht die Notwendigkeit, daß die Vollmacht nur durch Erklärung dem Dritten gegenüber perfekt werde. Lenel erörtert zunächst den Fall, „wo der Vertreter die ihm erteilte Vollmacht absichtlich verschweigt, um dem Prinzipal die Entschließung offen zu halten, z. B. einen Mietvertrag, zu dem er Vollmacht in Händen hat, absichtlich als gestor abschließt, während er ihn als Bevollmächtigter abschließen könnte" (S. 19 f). Die Wirksamkeit des Vertrages hängt zweifellos von der Genehmigung des Prinzipals ab. Es fragt sich nur, aus welchem Grunde. „Welches Recht hätte der Dritte," so argumentiert Lenel (S. 20), „sich auf die ihm absichtlich zu ganz erlaubtem

[1] vgl. oben § 2, S. 6.
[2] vgl. Hupka S. 101 und Oertmann, Archiv, 20. S. 75; a. M. Hellwig S. 520.

Zwecke verschwiegene Vollmacht zu berufen?" Hupka (S. 92 Anm. 1) hingegen erblickt wohl mit Recht den Grund in dem erklärten Willen des Vertreters, daß die Geschäftswirkung nicht unmittelbar eintreten solle, einem Willen, dem die Wirkung abzusprechen, keine Veranlassung vorliegt. „Die Vollmacht ergreift das Geschäft des Vertreters nicht gegen seinen erklärten Willen."

Das zweite Beispiel ist folgendes: „Eine Ehefrau, die von ihrem abwesenden Ehemanne brieflich beauftragt ist, einem von dessen Mietern zu kündigen oder seinen Schuldner zu mahnen, ist irrig der Meinung, daß sie schon in ihrer Eigenschaft als Ehefrau zu solchen Akten für ihren Mann befugt sei, und nimmt nun ebendeshalb die Kündigung oder Mahnung, unter Verschweigung ihrer Vollmacht, bloß mit der Motivierung vor, da ihr Ehemann abwesend sei, so kündige oder mahne sie in seinem Namen" (Lenel S. 20). Nach Lenel ist dieser Akt auf alle Fälle bedeutungslos, selbst dann, wenn der Dritte „zufällig Kenntnis von der wirklich erteilten Vollmacht erhalten hätte" (S. 20). Die entgegengesetzte Entscheidung würde nach Lenel den Dritten „in die unangenehme Lage bringen, (um zu wissen, woran er ist), die zufällig erhaltene Kenntnis auf ihre Glaubwürdigkeit prüfen zu müssen" (S. 21).

Vom Lenelschen Standpunkte aus ist dies Ergebnis völlig konsequent. U. E. geht es jedoch viel zu weit und beweist gerade dadurch die Unrichtigkeit der Lenelschen Auffassung von der Erteilung der Vollmacht. Zweifellos hat der Dritte bei einseitigen vom Bevollmächtigten ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäften „ein dringendes Interesse daran, zu wissen, ob das Geschäft Wirksamkeit hat oder nicht" (Matthiaß, S. 243 f). Dies Schutzbedürfnis des Dritten beeinflußt aber nur von außen her die tatsächliche Ausübung der Vollmacht, die hierdurch bedingten Vorschriften betreffen keineswegs das innere Wesen und den Erteilungsakt der Vollmacht selbst [1]). Dem Interesse des Dritten wird aber vollauf Genüge getan, wenn dem Dritten wie in § 174 BGB. die Möglichkeit gewährt wird, Vorlegung einer

[1]) vgl. Hupka S. 112 und Staudinger § 167 Anm. 4 gegen Lax S. 46.

Vollmachtsurkunde zu verlangen und, wenn sie nicht erfolgt, durch unverzügliche Zurückweisung das Geschäft nichtig zu machen. Die nach Lenel bereits ipso iure eintretende Nichtigkeit führt zu unbilligen Resultaten. Wenn in unserem Beispiele die zufällige Kenntnis des Dritten von der Bevollmächtigung eine wohl begründete und zuverlässige ist und dem Dritten die Kündigung seitens der Ehefrau sogar erwünscht ist, da er selbst gern ausziehen möchte, so bleibt doch nach Lenel die Kündigung der Ehefrau unwirksam, und der Dritte muß selbst kündigen, um später nicht weiter aus seinen kontraktlichen Verpflichtungen in Anspruch genommen werden zu können; ein Ergebnis, das durchaus unpraktisch ist, das sich aber von unserem Standpunkte aus einfach dadurch vermeiden läßt, daß der Dritte von seiner Zurückweisungsbefugnis keinen Gebrauch macht.

Bedarf es sonach zu einer billigen Entscheidung der Lenelschen Fälle keineswegs der Theorie, daß die Vollmacht erst durch Erklärung an den Dritten perfekt werde, so zeigt uns auf der anderen Seite folgendes kurze Beispiel ganz evident, daß die Perfektionslehre Lenels direkt unzutreffend ist:

Ein Weinreisender, dem gegenüber vom Prinzipal eine Bevollmächtigungserklärung zum Abschluß von Geschäften abgegeben worden ist, macht als Vertreter einem Mitgliede des blauen Kreuzes eine Offerte auf Wein aus der Kellerei des Prinzipals, die der Oblat ablehnt. Hier hat der Oblat auch nicht das geringste Interesse daran, „die Gesinnung des Prinzipals zu kennen." Dieselbe ist ihm vielmehr höchst gleichgültig. Er achtet gar nicht darauf. Gleichwohl liegt zweifellos eine wirksame Offerte des Prinzipals vor. Die Offerte ist nicht deshalb, weil der Oblat keine Kenntnis von der Gesinnung des Prinzipals nimmt, nun etwa an sich unwirksam. Da auch sonst kein innerer Grund erfindlich ist, die Vollmacht hier erst mit der an den Dritten gelangenden Offerte entstehen zu lassen, bleibt nur die Möglichkeit übrig, daß die Vollmacht bereits mit der Erklärung an den Vertreter perfekt geworden ist.

Die Unhaltbarkeit der Lenelschen Forderung läßt sich aber auch noch an anderen Konsequenzen nachweisen. Wie ist es, wenn der Vertreter nicht empfangsbedürftige Rechts-

geschäfte, z. B. eine Auslobung oder Erbschaftsannahme, vornehmen soll, bei denen doch ein Dritter, dem gegenüber die Bevollmächtigung erklärt werden müßte, gar nicht existiert? Für Geschäfte dieser Art müßte Lenel eine besondere Vollmacht zulassen, die auch schon durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden perfekt würde. Eine solche Zweiteilung der Vollmacht für empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte des Vertreters läßt sich aber aus dem Wesen der Vollmacht durchaus nicht rechtfertigen. Der Wille des Vertretenen ist vielmehr für beide Fälle der gleiche.

Ferner könnte sich nach Lenel die Perfektion der Vollmacht oft Monate lang hinziehen, indem der Vertreter erst nach geraumer Zeit Gelegenheit findet, Vertretungsgeschäfte vorzunehmen und hierbei dem Dritten von der Bevollmächtigungserklärung Mitteilung zu machen.

Dem Vertreter durch Erklärung ihm gegenüber eine Generalvollmacht zu erteilen, wäre nach Lenel gar nicht möglich. Der Vertreter könnte vielmehr nur durch Mitteilung der ihm abgegebenen generellen Bevollmächtigungserklärung dem jeweiligen Dritten gegenüber, mit dem er kontrahiert, eine subjektiv spezialisierte Vollmacht ins Leben rufen.

Der wahre Kern, der Lenels Ausführungen zu Grunde liegt, ist die Tatsache, daß ein homo diligens ohne Kenntnis der Vollmacht in der Regel mit dem Vertreter nicht kontrahiert. Die Eigenschaft aber, bei Dritten das Motiv zum Geschäftsabschluß zu bilden, ist eine regelmäßige Wirkung, nicht ein essentiale der Vollmacht. Auch wenn eine Vollmacht überhaupt niemals bei einem Dritten motivgebend gewirkt hat, hat gleichwohl eine gültige Vollmacht vorgelegen.

Den Legitimationszweck wird aber in der Regel nur eine schriftlich erteilte Vollmacht erfüllen. Wenn der Vertreter dem Dritten nur mündlich erklärt, daß der Vertretene ihn mündlich bevollmächtigt habe, so gibt dies dem Dritten eine nur sehr unsichere Gewähr für das wirkliche Bestehen der Vollmacht [1]). Wie leicht kann der Vertreter

[1]) Nach Hellwig (S. 521) ist deshalb „die mündliche Erklärung (durch Vermittelung des Vertreters als des Boten) — für die

eine zu weit gehende oder eine überhaupt nicht existierende Vollmacht behaupten! Der Dritte lernt hier unsere Gesinnung gar nicht in zuverlässiger Weise kennen, das Vertretungsgeschäft bleibt für ihn bei einer mündlich erklärten und ihm nur mündlich vom Vertreter mitgeteilten Vollmacht nach wie vor ein bloßer Torso, während Lenel gerade die Mitteilung der Bevollmächtigung an den Dritten durch den Vertreter fordert, um die Ungewißheit des Dritten zu heben.

Der zweite Lenelsche Satz, daß die nach außen hin gerichtete Vollmachtserklärung zu ihrer Perfektion der Kenntnisnahme durch den beteiligten Dritten bedürfe, wird uns erst unten in § 11 beschäftigen, wo das Erfordernis der Kenntnisnahme im Zusammenhange erörtert wird [1]). Wir wenden uns hier gleich zur Widerlegung der Endemannschen Lehre von der echten und unechten Vollmacht.

Zu b) Die Zweiteilung der Vollmacht in eine objektiv wirkende und eine vom Grundverhältnis abhängige ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil, wie wir unten in § 13 sehen werden, die Bevollmächtigung stets ein abstraktes Rechtsgeschäft ist. Endemann überträgt die durch von außen wirkende Tatsachen (insbes. das Schutzbedürfnis des Dritten) zu erklärenden Rechtsfolgen auf das ursprüngliche Wesen der Vollmacht selbst, während doch der Wille des Vertretenen, auf den es im letzten Grunde ankommt, durchaus der gleiche

---

Zukunft — im Parteiprozeß schlechthin ungenügend." — Die Erklärung ist allerdings von Bedeutung für die eventuelle Haftung des Vertreters als eines falsus procurator.

[1]) Eccius (S. 210 ff) sucht in der Lenelschen Konstruktion den tiefergehenden Rechtsgedanken, daß die Rechtswirksamkeit der Rechtshandlung, die der Vertreter vornimmt, oder die ihm gegenüber vorgenommen wird, nicht weiter geht, als ein zu dieser Zeit von dem Vertretenen selbst oder ihm gegenüber erfolgender gleicher Akt wirksam ist.

Ob dies richtig ist und ob auch Lenel (S. 23) mit Recht erklärt, daß seine Auffassung der Vollmacht die einzig zutreffende Erklärung des in der Praxis allgemein anerkannten Satzes gebe, daß die Vollmacht stets in der Gestalt wirksam werde, in der sie durch den Prinzipal dem Publikum oder dem beteiligten Dritten mitgeteilt worden sei, auch wenn der Bevollmächtigte selbst sie in abweichender Gestalt empfangen habe, darüber kann die Entscheidung hier dahingestellt bleiben, da es sich nicht mehr um Fragen der Entstehung, sondern um Fragen des Umfangs der Vollmacht handelt.

bleibt, mag er nun dem Vertreter oder dem Dritten gegenüber erklärt werden [1]).

Zu c) Dieselben Argumente sprechen auch gegen Titze, sofern er überhaupt mit seinen Ausführungen besagen will, daß nur die dem Dritten gegenüber erklärte Vollmacht eine wahre Vollmacht sei.

Zu d) Hellwig endlich läßt völlig außer Acht, daß es ganz verschiedene Voraussetzungen sind, die der prozessualen und der zivilistischen Vollmacht ihr Gepräge geben. Im Prozesse besteht für die Partei die Einlassungspflicht mit dem Prozeßvertreter des Gegners, im Hauptgebiete der zivilistischen Stellvertretung, bei den obligatorischen Verträgen, steht es im freien Belieben des Dritten, sich mit dem Vertreter einzulassen oder nicht. Im Prozesse müssen gewisse Handlungen, bei Vermeidung ihrer Unwirksamkeit, dem Vertreter gegenüber vorgenommen werden (vgl. z. B. die §§ 176, 179 CPO.), im Zivilrecht kann der Dritte, falls nicht das Gegenteil etwa ausdrücklich vereinbart ist, die Verhandlungen jederzeit mit dem Prinzipal selber fortsetzen. Noch viele derartige Gegensätze werden sich finden lassen. Es erhellt aus ihnen die Unzulässigkeit des von Hellwig gezogenen Schlusses, die durch spezifische Erscheinungen des Prozesses bedingte Eigentümlichkeit der prozessualen Vollmacht als im allgemeinen Wesen der Vollmacht begründet anzusehen [2]). Die Betonung der Tatsache, daß die Bevollmächtigung ebenso sehr die Richtung auf die Person des Dritten wie auf die des Vertreters habe, ergibt keineswegs die Notwendigkeit einer ausschließlichen Richtung auf den Dritten. Die von Hellwig auf S. 523 gezogene Folgerung, daß evident der Dritte der Adressat der Bevollmächtigungserklärung sei, beruht auf der falschen Prämisse, daß der Dritte notwendig Kenntnis von der Vollmacht haben müsse.

---

[1]) Gegen Endemann siehe auch Hupka S. 108 Anm. 1 und Lax S. 39 f.

[2]) vgl. Hupka, Ger.-Ztg., Nr. 10, S. 80: Die §§ 164 bis 181 „betreffen natürlich nur die zivilrechtliche Stellvertretung, die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, sie beziehen sich also insbesondere nicht auf den Prozeß. Für die prozessuale Stellvertretung und die prozessualen Vollmachten gelten vielmehr, entsprechend der eigentümlichen Natur und den eigentümlichen Bedürfnissen des Prozesses besondere Rechtsgrundsätze, die in der Zivilprozeßordnung niedergelegt sind."

Im übrigen läuft auch die von den genannten vier Autoren [1]) verfochtene Ansicht im letzten Grunde auf die Vertrauenstheorie bei der Stellvertretungslehre hinaus, die Schloßmann (I, S. 198—208) zutreffend widerlegt.

Zuzugeben ist das eine, daß „die Richtung der Vollmachtserklärung an den Dritten von großer Bedeutung für den Umfang und die Dauer der konkreten Vollmacht ist" (Hupka S. 95); vgl § 170 BGB.

2. Im Gegensatze zu Lenel, Endemann, Titze und Hellwig behauptet Romeick [2]), daß nur der Bevollmächtigte Destinatär der Vollmachtserklärung sei. „Wem wird die Vollmacht erteilt? Man sollte glauben, dem Bevollmächtigten; wie kann sie aber diesem erteilt werden durch Erklärung gegenüber dem Dritten?" (Romeick S. 137). „Es wird anzunehmen sein, daß die Vollmacht in die Wirklichkeit tritt durch Erklärung oder Mitteilung von Seiten des Machtgebers an den zu Bevollmächtigenden" (S. 142). Die weitergehenden Bestimmungen des BGB. sind nach Romeick nur „ein gegliederter Apparat zum Schutze des gutgläubigen Dritten" (S. 142 f). Romeicks Lehre steht und fällt mit seiner unten (in § 11, I, 1, c) zu widerlegenden Ansicht, daß zur Perfektion der Vollmacht die Kenntnis des Bevollmächtigten erforderlich sei.

3. Eine dritte Ansicht endlich, daß nämlich die Bevollmächtigungserklärung an jeden beliebigen gerichtet werden könne, scheint Karlowa (S. 60) zu vertreten, wenn er sagt: „Gleich der Vollmacht braucht auch die Ratihabition nicht notwendig dem Vertreter oder dem Dritten, mit welchem er das Geschäft abschloß, zugegangen zu sein; es kommt nur darauf an, daß die Genehmigung in der Absicht, sich rechtlich zu binden, erklärt ist." Nicht einmal das Requisit der Empfangsbedürftigkeit der Erklärung scheint

---

[1]) Am deutlichsten gelangt dies bei Endemann und Titze zum Ausdruck. Vgl. Endemann S. 403: „Die Vollmacht soll als objektive Grundlage für das Vertrauen des Dritten bestätigen" u. s. w. Titze erklärt auf S. 243 die Vollmacht für ein Garantieversprechen. Vgl. auch Hupka S. 106 Anm. 1.

[2]) vgl. auch Zimmermann S. 89.

hiermit aufgestellt zu werden [1]). Daß letzteres erforderlich ist, haben wir bereits oben (§ 10, I) dargetan. Daß aber jeder beliebige einzelne am Vertretungsgeschäft völlig unbeteiligte dritte Adressat der Bevollmächtigungserklärung sein könne, ist aus dem unten (§ 10, S. 53 bei Anm. 2) angeführten Grunde zu verneinen [2]).

III. 1. Alledem gegenüber ist vielmehr mit Hupka (S. 106) zu sagen, „daß das Wesen der Vollmacht in Wahrheit keine ausschließlich bestimmte subjektive Richtung ihrer äußeren Erklärung postuliert. Denn die Bevollmächtigung als solche bezweckt und bewirkt eine unmittelbar praktische Rechtsbeziehung weder gegenüber dem Bevollmächtigten noch gegenüber dem Dritten, der künftig mit dem Bevollmächtigten zu tun haben wird; sie ist weder Begünstigung oder Belastung des Stellvertreters noch etwa ein Garantieversprechen an den Dritten. Ihre juristische Funktion ist vielmehr sozusagen eine rein objektive, nämlich die Bekräftigung eines Rechtsgeschäfts als solchen [3])."

Hieraus in Verbindung mit dem bereits oben (§ 10, I) Gesagten ergibt sich aber, daß es genügt, wenn die Vollmacht an den einen oder den anderen am Vertretungsgeschäft formell mitwirkenden Teil erklärt wird [4]).

---

[1]) Insoweit stimmt Karlowa mit Dernburg, BGB., S. 475 überein, der daraus, daß die Vollmacht auch durch öffentliche Bekanntmachung der Bevollmächtigungserklärung erteilt werden kann, den Schluß zieht, daß „die Vollmacht eine empfangsbedürftige Willenserklärung überhaupt nicht ist"; vgl. § 10, I.

[2]) Gegen Karlowa siehe auch Hupka S. 107, Anm. 3; R. O. H. G. XV N. 72 S. 260 f; R. G. X N. 72, S. 259.

[3]) Siehe hiergegen Schloßmann (II, S. 424—426), der Hupkas Ausführungen für „nichtssagende oder unverständliche Phrasen" hält. M. E. mit Unrecht. Der Sinn der Hupkaschen Worte ist offenbar der, daß die Bevollmächtigungserklärung zunächst nur die Schaffung einer Vollmacht bezwecke und darüber hinausgehende Absichten erst in zweiter Reihe verfolge. Hupka will hiermit nur die primäre Funktion der Bevollmächtigungserklärung, keineswegs aber, wie Schloßmann meint, „das innerste Wesen der Vollmacht" selbst bestimmen.

[4]) vgl. Holz S. 10: „Interessenten sind in unserem Falle sowohl der zu Bevollmächtigende wie auch der Dritte, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll."

a) Der Vertreter ist stets am Vertretungsgeschäfte beteiligt. Die ihm gegenüber abgegebene Bevollmächtigungserklärung ist also unter allen Umständen ausreichend. „Der Dritte kann sich daher auch auf eine ihm nicht bekannt gemachte Vollmacht berufen, sofern er nur nachweisen kann, daß sie dem Vertreter gegenüber erteilt war" (Hupka, Ger.-Ztg. Nr. 10, S. 80).

Bei einer Kollektivvollmacht ist zu fordern, daß die Erklärung jedem der zu Bevollmächtigenden gegenüber abgegeben wird, wobei nicht ausgeschlossen ist, daß sich der Prinzipal eines der zu Bevollmächtigenden als Boten zur Uebermittelung der Erklärung an die anderen bedient.

Hier taucht auch die Frage auf, ob es möglich ist, das Publikum, d. h. jeden willensfähigen Menschen im Volke, zu bevollmächtigen. Man denke an folgenden Fall: Ein Sammler, der Gegenstände gewisser Art aus allen Teilen Deutschlands aufkaufen will, erläßt einen öffentlichen Aufruf, worin er jedermann auffordert, die gewünschten Sachen, wo auch immer er sie findet, in seinem Namen zu kaufen, indem er zugleich bekannt macht, daß er jeden hierzu bevollmächtige. Ueberall treten nun Leute auf und kaufen im Namen des Sammlers. Haben die abgeschlossenen Geschäfte direkte Wirkungen für und gegen den Sammler oder nicht? Wir können im einzelnen hier nicht prüfen, ob eine Bevollmächtigung des Publikums überhaupt an sich statthaft oder z. B. mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des Geschäftes rechtlich unmöglich ist, es handelt sich für uns nur um die Frage der Perfektion. Für eine solche Bevollmächtigung des Publikums würde öffentliche Kundgebung des Vollmachtwillens zu fordern sein.

b) Die Vollmacht kann aber nicht nur gegenüber dem Bevollmächtigten, sondern auch gegenüber dem Geschäftsgegner erklärt werden. Hier ist zu unterscheiden, ob die Vollmacht auf einen individuell bestimmten Gegner lautet, oder ob sie allgemein gehalten, mit Hupkas Worten ob sie „in rem gestellt" ist (Hupka S. 107). Im ersteren Falle ist der individuell bestimmte Dritte, im letzteren Falle die Allgemeinheit, das Publikum, alternativ neben dem Bevollmächtigten tauglicher Adressat der Vollmachtserklärung. Für

die in rem gestellte Vollmacht ist also wiederum öffentliche Kundgebung des Vollmachtwillens erforderlich. Die gegenüber dem Publikum als dem möglichen Geschäftsgegner abgegebene Erklärung deckt sich daher ihrer äußeren Form nach mit der Erklärung, die gegenüber dem Publikum als dem zu Bevollmächtigenden [1]) abgegeben wird. Gleichwohl sind beide Fälle auseinanderzuhalten, da der Inhalt der Erklärungen ein verschiedener sein kann. Die gegenüber dem Publikum als dem Vollmachtträger abgegebene Erklärung kann auf Abschluß mit einem individuell bestimmten Geschäftsgegner lauten, die gegenüber dem Publikum als dem Geschäftsgegner abgegebene Vollmachtserklärung kann und wird in der Regel einen individuell bestimmten Bevollmächtigten bezeichnen. Es ist allerdings auch denkbar, daß, wie in dem obigen Beispiele von dem Sammler, sowohl der Bevollmächtigte wie der mögliche Geschäftsgegner das Publikum ist [2]). Alsdann gehen die Erklärungen gegenüber dem zu Bevollmächtigenden und dem Geschäftsgegner ineinander über.

c) Es erübrigen nun noch die beiden Fragen, wie es sich verhält, wenn die subjektiv generelle, d. h. die in rem gestellte Vollmacht bloß einem einzelnen Dritten gegenüber und die subjektiv spezialisierte, d. h. die auf einen individuell bestimmten Geschäftsgegner lautende Vollmacht dem Publikum gegenüber, also öffentlich, erklärt wird. Im ersten Falle wirkt die in rem lautende Vollmacht nur dem einzelnen Dritten gegenüber, dem sie kundgegeben ist [3]). In diesem Umfange gelangt hier die Vollmacht zur Entstehung. Im zweiten Falle kommt das Publikum als Geschäftsgegner eigentlich gar nicht in Betracht. Geschäftsgegner ist vielmehr nur der individuell bestimmte Dritte. Man könnte versucht sein, hieraus den Einwand herzuleiten, daß es das Publikum gar nichts angehe, wenn A. dem B. gegenüber bevollmächtigt

[1]) Vorausgesetzt natürlich immer, daß eine Bevollmächtigung des Publikums überhaupt möglich ist.

[2]) Ein Selbstkontrahieren jedes Dritten im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ist damit natürlich noch nicht erlaubt, vielmehr ist nur gemeint, daß jeder beliebige Dritte mit jedem andern beliebigen Dritten Vertretungsgeschäfte eingehen kann.

[3]) vgl. Hupka S. 107, Anm. 2.

werden soll, und daß daher die dem Publikum gegenüber abgegebene Bevollmächtigungserklärung in diesem Falle als an eine falsche Adresse gerichtet anzusehen sei. Gleichwohl würde es unter Umständen unbillig erscheinen, wenn man eine in der fraglichen Weise erklärte Vollmacht für unwirksam halten wollte. A. [1]), der sich auf Reisen befindet, erhält von seinem Freunde B. die Nachricht, daß C. ein Grundstück, welches A. gern haben möchte, verkaufen will und daß die Zahl der Kauflustigen eine sehr große ist. B. erbietet sich sogleich, das Grundstück für A. zu kaufen. A. kennt weder die genaue gegenwärtige Adresse des B. noch des C., er läßt aber in die betreffenden Lokalblätter einrücken, daß er den B. zum Abschluß des Kaufes mit C. bevollmächtige. Nach Erscheinen der fraglichen Zeitungsnummern kauft B. im Namen des A. das Grundstück. Soll hier A., wenn ihn der Kauf später reut, oder C., wenn er nachträglich ein höheres Angebot erhält, sich darauf berufen können, daß keine gültige Vollmacht vorgelegen habe? Zweifellos wird das Gegenteil als gerecht erscheinen. Wenn ferner die öffentliche Kundgebung des Vollmachtwillens geeignet ist, eine subjektiv generelle Vollmacht zu schaffen, warum soll sie da nicht auch eine subjektiv spezialisierte Vollmacht zur Entstehung bringen können? Das Erstere ist doch zweifellos das Weitergehende!

Wenn dagegen der Prinzipal seinen auf einen bestimmten Gegner gerichteten Vollmachtswillen nur einem unbeteiligten Dritten kundgibt, so stellt dies keine gültige Vollmachtserklärung dar [2]). „Diese Mitteilung kann nicht als eine animo disponendi abgegebene Erklärung behandelt werden" (Hupka S. 107). Sie liegt völlig außerhalb der Sphäre des Vertretungsgeschäfts, während doch der Vollmachtswille „gewissermaßen diesem Geschäfte gegenüber, d. h. gegenüber einer der am Geschäftsschluß beteiligten Personen" (Hupka S. 107) zum Ausdruck gebracht werden muß Bei der öffentlichen Kundgebung dagegen fällt der individuell bestimmte Geschäftsgegner wie der Bevollmächtigende selbst stets unter den Kreis der angeredeten Personen.

[1]) vgl. Lenel S. 16.
[2]) vgl. oben § 10, II, 3.

Ziehen wir aus den vorstehenden Erörterungen das Resultat, so ergibt sich folgendes:

1. Die Bevollmächtigung ist grundsätzlich ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Die öffentliche Kundgebung des Vollmachtwillens kann freilich um der öffentlichen Bekanntmachung willen noch nicht als von jedermann empfangen angesehen werden [1]). Hier liegt in der Publizität der Ersatz für das mit dem Terminus „Empfangsbedürftigkeit" zum Ausdruck gebrachte rezeptive Moment der Willenserklärung. Die öffentliche Erklärung bezeugt die überlegte ernste Absicht [2]).

2. Der dem zu Bevollmächtigenden gegenüber erklärte und der öffentlich bekannt gemachte Vollmachtswille bringen eine gültige Vollmacht im ganzen Umfange der Erklärung bezw. der Bekanntmachung zur Entstehung.

Die einem einzelnen dritten Geschäftsgegner gegenüber abgegebene Bevollmächtigungserklärung kreiert dagegen nur eine dem individuellen Dritten gegenüber wirksame Vollmacht.

2. Dies ist im wesentlichen auch der Standpunkt des BGB. Die grundsätzliche Empfangsbedürftigkeit der Bevollmächtigung kommt schon dadurch zum Ausdruck, daß nach § 167 die Erteilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber [3]) dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten erfolgt. Auch hinsichtlich der Adressaten der Bevollmächtigungserklärung stimmt das BGB. mit dem obigen Ergebnis überein. Der § 167 erwähnt als Destinatäre zwar nur den zu Bevollmächtigenden und den Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll; nach der Natur der Sache und nach Analogie der §§ 167, I und 171, I muß man jedoch annehmen, daß auch nach dem BGB. eine an eine unbestimmte Personenmehrheit gerichtete öffentliche Bekanntmachung, daß man jemanden bevollmächtige, eine taugliche Art der Vollmachtserteilung selbst ist [4]). Hellwig (S. 523 bis

---

[1]) vgl. Lenel S. 21 unten.

[2]) vgl. auch Crome, S. 462: „Der Empfang wird durch die Oeffentlichkeit der Erklärung ersetzt."

[3]) vgl. Mommsen S. 31.

[4]) vgl. dazu Hupka S. 108, insb. Anm. 2, Staudinger § 167 Anm. 3c, Mot. I S. 237, Zitelmann, Rechtsgesch., II S. 103.

526) [1]) will aus § 174, 2, § 180 BGB. und aus § 65 des I. Entwurfes für das BGB. das Prinzip ableiten, daß „die Vollmachtserklärung eine an die dritten Beteiligten gerichtete Erklärung" (S. 526) ist. Allein die genannten Bestimmungen des BGB. sind durch das Schutzbedürfnis des Dritten bedingt [2]), sie haben ihren Grund in der notwendigen Rücksicht auf den Beteiligten [3]), keineswegs aber ergibt sich aus diesen Ausnahmebestimmungen, daß nach dem Wesen der Vollmacht „die eigentliche Adresse der Vollmachtserklärung der Dritte" (Hellwig S. 523) ist. Daraus, daß das BGB. die durch § 65 des I. Entwurfes vorgesehene Bestimmung, daß nämlich die Erklärung der Genehmigung nur an den Dritten erfolgen könne, in § 182 nicht aufgenommen, vielmehr ausdrücklich bestimmt hat, daß die Zustimmung dem einen wie dem anderen Teile gegenüber erklärt werden könne, ergibt sich im Gegenteil, daß der prinzipielle Standpunkt des BGB. ein anderer als der von Hellwig unterstellte ist. Nach den Protokollen (I, S. 146) „unterliegt es keinem Zweifel, daß die Erteilung der Vollmacht nicht bloß durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, sondern auch durch Erklärung gegenüber dem beteiligten Dritten erfolgen kann."

3. Es erübrigt noch der Hinweis darauf, daß der Prinzipal regelmäßig freie Wahl hat, an welchen der möglichen Adressaten er die Bevollmächtigungserklärung richten will. Bei den Verwirklichungsgeschäften, den realen Willensäußerungen [4]), wie z. B. Okkupation und Dereliktion, ist jedoch zu beachten, daß bei ihnen ein Geschäftsgegner, ein Dritter in der Regel nicht existiert. Die Möglichkeit einer Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem Dritten fällt bei diesen Geschäften daher fort [5]). Es mag noch

[1]) vgl. oben § 10, II, 1, d, S. 41 bei Anm. 1.

[2]) vgl. Planck § 174 Anm., Staudinger § 174 Anm. 1, Mot. I S. 240.

[3]) vgl. Staudinger § 180 Anm. 1, Mot. I S. 245.

[4]) vgl. dazu Matthiaß S. 245, 246, IV u. Manigk S. 362 ff, 383, 395.

[5]) Es herrscht Streit darüber, ob bei Verwirklichungsgeschäften überhaupt eine Vollmacht oder nur eine Ermächtigung seitens des Vertretenen an den Vertreter erteilt wird. Für das Erstere Manigk, S. 394 f, für Letzteres Matthiaß S. 245 f IV.

mehr solcher Fälle [1]) geben, in denen nur die eine oder andere Art der Adressierung der Bevollmächtigungserklärung zulässig ist, eine kasuistische Zusammenstellung sämtlicher Ausnahmen kann jedoch hier nicht unsere Aufgabe sein. Nur bezüglich der stillschweigenden Bevollmächtigungserklärung sei hervorgehoben, daß Schloßmann (II, S. 423) beizustimmen ist, wenn er sagt: „Daß aber jemand konkludente Handlungen gegenüber einem Dritten, auf den sie ihrem nächsten Zwecke nach gar keine Beziehung haben, vornähme, das wird gewiß höchst selten vorkommen. Wenn der Vertretene Leistungen auf Grund des Vertretergeschäfts dem dritten Mitkontrahenten des Vertreters gemacht oder von ihm in Empfang genommen, die Geschäftsführung ohne Widerspruch zugelassen hat, so wird er doch schwerlich dabei irgend einen Dritten außer demjenigen, den das Geschäft unmittelbar betrifft, im Auge haben, um ihm die Handlung zur Kenntnis zu bringen." M. a. W.: Ein anderer Dritter ist in diesen Fällen nicht Adressat der stillschweigenden Bevollmächtigungserklärung. Auch wenn der andere Dritte Kenntnis von der Duldung der Geschäftsführung des Vertreters dem ersten Dritten gegenüber hat, so involviert doch der Tatbestand, der dem ersten Dritten gegenüber eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung enthält, noch nicht eine solche gegenüber dem anderen Dritten. Es liegt auch keine Erklärung dem Publikum gegenüber vor, da das Handeln meist nicht der Kenntnisnahme eines jeden zugänglich ist. Geschäftsführung und Anerkennung sich vielmehr häufig im Verborgenen abspielen. Eine in rem lautende Vollmacht kann in den genannten Fällen daher nur auf die Weise konstruiert werden, daß man sagt: Die Duldung wiederholter Geschäftsführung des Vertreters kann eine doppelte Willenserklärung enthalten. Sie kann, wie bereits hervorgehoben, eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung gegenüber dem jeweiligen Geschäftsgegner sein. Dann begründet sie eine subjektiv spezialisierte Vollmacht des Vertreters diesem bestimmten Dritten gegenüber. Sie kann aber auch eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung dem Vertreter gegenüber sein, und als solche kann sie den Inhalt haben,

[1]) vgl. z. B. unten § 12, S. 69 bei Anm. 2.

daß der Vertreter *jedem* Dritten gegenüber bevollmächtigt sein soll. Sie kann dagegen *nicht* sein eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung einem anderen Dritten gegenüber, der nicht Geschäftsgegner ist, und auch nicht eine solche dem Publikum gegenüber. Eine in rem lautende Vollmacht kann in den genannten Fällen also nur durch stillschweigende Erklärung gegenüber dem *zu Bevollmächtigenden* erteilt bezw. konstruiert werden. Es bleibt jedoch zu beachten, daß es sich nur um einige spezielle Fälle handelt. Es ist damit nicht ausgeschlossen, daß sich Beispiele finden lassen, in welchen die Erteilung einer in rem lautenden Vollmacht auch durch stillschweigende Erklärung gegenüber dem *Publikum* erfolgen kann.

---

§ 11.

Die Perfektion der Vollmacht ist nicht durch die Kenntnisnahme von der Vollmachtserklärung seitens des Anerklärten bedingt.

Prüfen wir nun weiter, in welchem Augenblicke durch eine an die vorbezeichneten Adressaten gerichtete Bevollmächtigungserklärung die Vollmacht perfekt wird, so kommen wir zu der dritten und letzten Frage von der äußeren Natur des Bevollmächtigungsaktes, zu der Frage, ob die Kenntnisnahme von der Bevollmächtigungserklärung seitens des zu Bevollmächtigenden oder des Dritten erforderlich ist.

Hier ist zunächst klar, daß diejenigen, welche die Bevollmächtigung für einen Vertrag zwischen Prinzipal und Bevollmächtigtem halten [1]), die Kenntnis des *Vertreters* von der Vollmachtserteilung voraussetzen, während auf der anderen Seite nach *Lenel*, dem die „Vollmacht notwendig ein Rechtsakt dem Dritten gegenüber" ist [2]), „die Wirksamkeit der Vollmacht nicht davon abhängt, daß sie dem *Vertreter* selbst bekannt geworden ist.

---

[1]) vgl. oben § 9, 1.
[2]) vgl. oben § 10, II, 1, a.

Diese Sätze sind jedoch nur Konsequenzen der verschiedenen Theorien über die bisher behandelten Streitpunkte. Daneben wird aber auch von einigen Schriftstellern selbstständig und mit eigenen Gründen die Ansicht verfochten, daß die Perfektion des Bevollmächtigungsaktes durch die Kenntnis des Vertreters von der Vollmachtserteilung bedingt sei. Hupka hält das ganze Postulat der Kenntnis des Vertreters von der Vollmachtserteilung der Sache nach für identisch mit der Theorie des Vollmachtsvertrages. Er findet einen Unterschied zwischen beiden nur in der Formulierung. M. E. mit Unrecht. Der Zeitpunkt der Kenntnisnahme und der Zeitpunkt des Vertragsschlusses können weit auseinanderfallen, und es kann sich daher auch der Augenblick der Vollmachtsperfektion sehr verschieben, je nachdem man ihn an den einen oder den anderen Zeitpunkt anknüpft. Zimmermann [1]) und Mitteis [2]), welche beide das Bewußtsein des Vertreters vom Bestande seiner Vollmacht verlangen, finden z. B. zwischen ihrer Lehre und der Theorie vom Vollmachtsvertrage den praktischen Unterschied, daß nach der letzteren Theorie zur Perfektion des Vollmachtsvertrages nach der sogenannten Vernehmungstheorie die Kenntnisnahme des Prinzipals von der Acceptation des Vertreters (nach der Empfangstheorie Zugang der Annahmeerklärung) erforderlich wäre, während nach ihrer Lehre diese Kenntnis (bezw. das Zugehen) unnötig sei.

Nach Hupka (S. 89, Anm. 1) „besteht aber selbst dieser Unterschied in Wahrheit nicht. Denn auch die radikale Vernehmungstheorie verlangt die Kenntnisnahme des Offerenten von der Acceptation" (die Empfangstheorie das Zugehen derselben) „nur bei der Annahmeerklärung, nicht aber in dem auch von ihr anerkannten Fall einer Annahme durch die Tat: Wo nach der Intention des Offerenten der Antrag unmittelbar durch die Ausführung angenommen werden soll, wird der Vertrag mit der Aus-

[1]) S. 89 N. 107 a.

[2]) S. 188: „Es ist aber dies Bewußtsein weit entfernt von dem Erfordernis einer Acceptation, dasselbe reduziert sich lediglich auf eine Kenntnisnahme, welche dem Vollmachtgeber natürlich nicht weiter intimiert zu werden braucht;" siehe insbes. auch Note 208.

führung sofort perfekt, ohne daß es hierzu noch der Kenntnis des Offerenten von der Ausführung" (bezw. des Zugehens einer Erklärung der Annahme) „bedürfte." Mit diesen an sich richtigen Ausführungen Hupkas ist jedoch keineswegs dargetan, daß nun die reale Annahme durch die Tat mit der Kenntnisnahme des Vertreters zeitlich zusammenfiele. Die Kenntnis geht vielmehr meist der Tat voraus, und somit würde der Moment der Perfektion der Vollmacht auch in dem Falle der Vertragsannahme durch die Tat ein verschiedener bleiben, je nachdem er mit der Kenntnisnahme oder mit dem Vertragsschlusse verbunden wäre.

I. 1. a) Zimmermann führt zur Begründung seiner Lehre, daß der Vertreter von dem Vorhandensein seiner Vollmacht unterrichtet sein müsse, an, „daß man andernfalls nicht sagen könne, der Vertreter habe domino mandante gehandelt" (S. 89). Dies Motiv ist nicht beweisend, da einmal der Tatbestand der Vertretung ein Handeln des Vertreters im Hinblick auf einen ihm gewordenen Auftrag nicht erheischt und zum anderen auch die Vollmacht von dem Grundverhältnis grundsätzlich unabhängig und zu trennen ist [1]).

b) Mitteis erblickt das ausschlaggebende Moment darin, „daß die sofortige Wirksamkeit des Geschäfts für den dominus eben nur durch den auf sofortige Wirkung ausdrücklich gerichteten Willen des Vertreters erzeugt werden darf, und daß, wo der Vertreter als negotiorum gestor handelt, somit dem dominus die Deliberation über das Geschäft noch vorbehalten wollte, der Wille, den dominus sofort zu berechtigen oder zu verpflichten, noch gar nicht vorliegt, somit eine unmittelbare Berechtigung oder Verpflichtung mangels eines hierauf gerichteten Willens nicht eintreten kann. Die gegenteilige Ansicht widerspricht dem Interesse des dominus, indem es ihn an Entschlüsse des Vertreters fesselt, welchen dieser selbst noch keine verbindende Kraft beilegen wollte." (Mitteis S. 187).

---

[1]) Gegen Zimmermann siehe Mitteis S. 187 und Hupka S. 90. Im Gegensatze zu Zimmermann steht auch Hellmann S. 113. Zu Zimmermann S. 89 N. 107 b, S. 161, 165 vgl. Hupka S. 91 Anm. 1.

Demgegenüber hebt Hupka (S. 91) mit Recht hervor, „daß der Wille eines Paciscenten, das Geschäft solle nicht sofort, sondern erst von einem späteren Zeitpunkt an wirksam werden, nur dann Erfolg haben kann, wenn er im Geschäft selbst hervortritt," „daß es an einer derartigen Willensäußerung aber überall dort fehlt, wo der Vertreter schlechthin, ohne die Vollmachtsfrage zu berühren, abschließt." Hier kann es unmöglich der Wille des Vertreters sein, der entscheidet, ob sofortige oder erst spätere Wirksamkeit eintritt. Die sofortige Wirksamkeit ist vielmehr nur geknüpft an das Vorliegen eines Vertretungstatbestandes, nämlich an ein erkennbar im Namen des Vertretenen erfolgendes rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters, und an den verbindlich erklärten Willen des Vertretenen, die Folgen des Vertretungsgeschäftes auf sich zu nehmen. Mit diesen beiden Momenten verbindet das objektive Recht unmittelbare Vertretungswirkung. „Bei wirklichem Mangel der Vollmacht ist die Suspendierung der Geschäftswirkung nicht Folge eines darauf gerichteten Parteiwillens, sondern die notwendige, vom Parteiwillen unabhängige Folge der Vollmachtlosigkeit.

Daher muß auch dort, wo die Vollmacht in der Tat vorhanden ist, die Wirkung des Geschäftes sofort eintreten, und daran vermag auch die irrige Ueberzeugung des Stellvertreters, daß er keine Vollmacht habe, nichts zu ändern: plus est enim in re quam in existimatione" (Hupka S. 92). Nach Hupka (S. 91 und 92) „erklärt der Vertreter auch dort, wo er auf seine (vermeintliche) Vollmachtlosigkeit hinweist, also die Genehmigung des Geschäftes durch den Prinzipal vorbehält, überhaupt nicht etwa den Willen, daß die Wirkung des Geschäfts erst später eintreten solle, sondern er konstatiert bloß die Tatsache, daß diese Wirkung — wegen des (vermeintlichen) Mangels der Vollmacht — gegenwärtig noch nicht eintreten könne."

Dem zweiten Mitteisschen Argumente, daß die sofortige Wirksamkeit des Geschäfts dem Interesse des dominus widerspreche, hält Hupka mit Recht entgegen, daß kein Fall denkbar sei, „in welchem für den Prinzipal, der durch seine Vollmachtserklärung das Geschäft bereis im vorhinein gutgeheißen und dadurch seinen Willen gebunden habe, ein

schutzwürdiges Interesse bestehe, von seiner Entschließung nachträglich wieder abzugehen" (Hupka S. 92 u. 93).

c) Neuerdings wirft auch Romeick die Frage auf: „Ist es noch eine Vollmacht, wenn dieselbe dem Bevollmächtigten oder dem zu Bevollmächtigenden niemals zur Kenntnis gekommen ist?" (Romeick S. 139). „Eine Vertretungsmacht ohne wissenden Machtträger" ist ihm „ein Körper ohne Kopf, ein objektiver Bestand ohne Subjekt, erinnernd an den objektiven Bestand der Korrealobligation ohne alle Obligierte" (S. 140). „Es wird anzunehmen sein, daß die Vollmacht stets und notwendig einen wissentlichen Vollmachtträger voraussetzt" (S. 142, 143) [1]). Zur Begründung seiner Lehre erhebt Romeick die Frage, was die einem Dritten erklärte Vollmacht bedeute, wenn ein unwissentlich (durch Telegramm an den Dritten) Bevollmächtigter entsprechend seinem bleibenden Nichtwissen von der Vollmacht überhaupt gar nichts tue, also auch nicht als negotiorum gestor auftrete? Die Antwort gibt Romeick mit den Worten: „Sie ist nicht etwa eine nicht ausgeübte Vollmacht, denn ausüben kann die Vollmacht nur der Bevollmächtigte, nicht der Dritte, — sie steht in der Luft, — sie ist ein Nichts!" (S. 142).

U. E. läßt jedoch der Satz, daß nur der Bevollmächtigte die Vollmacht ausüben könne, noch keineswegs den Schluß zu, daß eine gültige Vollmacht nun auch notwendig durch die Kenntnis des Bevollmächtigten bedingt sei. Es fehlt zu dieser Folgerung als Bindeglied noch die Voraussetzung, daß zur Ausübung einer Vollmacht stets ihre Kenntnis erforderlich sei. Diese Voraussetzung trifft aber zweifellos nicht zu. Begrifflich ist die Vollmacht die rechtliche Macht des Vertreters, durch Vertretungsgeschäfte direkte Wirkungen für den Vertretenen herbeizuführen.

Ist durch den verbindlich erklärten Willen des Vertretenen diese rechtliche Macht des Vertreters begründet, so besteht das, was man Ausübung der Vollmacht nennt, nur noch in dem Setzen eines Vertretungstatbestandes, d. h. also in einem erkennbar im Namen des Vertretenen erfolgenden rechtsgeschäftlichen Handeln des Vertreters. Dies kann be-

[1]) vgl. zu diesem Abschnitt auch oben § 10, II, 2.

grifflich ohne jede Kenntnis von der Vollmacht vorgenommen werden. Eine andere Frage ist es freilich, ob, wie Oertmann (Arch. 20, S. 75) hervorhebt, „das nach § 164 erforderliche Handeln im Namen des Vertretenen empirisch nur höchst selten ohne Kenntnis der Vertretungsmacht vorkommen wird," sowie ob nicht auch die eventuelle eigene Haftung des Vertreters als eines falsus procurator den Vertreter zu vorheriger Prüfung der Vollmachtserteilung veranlassen wird. Die in dem Romeickschen Beispiele dem Dritten erklärte Vollmacht stellt sich somit nach dem Obigen einfach als eine nicht benutzte Vollmacht dar.

Erscheinen sonach die von den drei genannten Autoren vorgebrachten Argumente nicht geeignet, die Lehre von der Notwendigkeit der Kenntnisnahme seitens des Vertreters zu begründen, so weist Hupka andrerseits auch noch in zwei treffenden Beispielen an den aus dieser Lehre fließenden Konsequenzen ihre praktische Unhaltbarkeit nach. (vgl. die Beispiele bei Hupka S. 93, 94). „Dies Bewußtsein ist in Wahrheit nur von Bedeutung für die Gestaltung des internen Verhältnisses zwischen Prinzipal und Vertreter; für das Vollmachtsverhältnis ist es irrelevant" (Hupka S. 95) [1]).

2. Ebenso unhaltbar wie die Ansicht, daß der Vertreter das Bewußtsein vom Bestande seiner Vollmacht haben müsse, ist aber auch der Lenelsche Satz, daß zu einer gültigen Vollmacht die Kenntnis des beteiligten Dritten gehöre.

Es ist zwar nicht genau ersichtlich, ob Lenel dies Erfordernis auch bei der dem Dritten selbst erklärten Vollmacht aufstellt, oder ob er sich hier mit dem Zugehen der Bevollmächtigungserklärung begnügt. Aus dem Zusammenhange, insbesondere aus dem Postulate, daß der Dritte unsere Gesinnung kennen müsse, wird man jedoch wohl entnehmen dürfen, daß Lenel auch bei der dem Dritten selbst erklärten Vollmacht die Kenntnis des Dritten verlangt.

Expressis verbis fordert Lenel aber die Kenntnis des Dritten bei der öffentlich bekannt gemachten Bevollmächtigungserklärung.

---

[1]) Dernburg, BGB. S. 475, IV: „Die Kenntnis der Vollmacht durch den Bevollmächtigten ist für deren Wirkung nicht erforderlich."

„Solange einer bestimmten Person die öffentliche Kundmachung verborgen geblieben und auch sonst die Vollmacht nicht kundgegeben worden ist, wirkt die Vollmacht auch nicht gegen sie" (Lenel S. 22). Den Grund für dies Postulat erblickt Lenel darin, „daß die öffentlich bekannt gemachte Erklärung um dieser Eigenschaft willen noch nicht als an das ganze Publikum gelangt anzusehen sei" (S. 21).

Die Widerlegung dieser Lehre ergibt sich aus ihrer unhaltbaren Konsequenz und der von Lenel selbst eingeräumten bedeutenden Konzession. Konsequenz dieser Lehre ist nämlich, daß jedes Vertretungsgeschäft, welches von einem durch öffentliche Kundgebung bevollmächtigten Vertreter vorgenommen wird, bei Unkenntnis des Dritten von der (nach Lenel somit noch nicht perfekten) Vollmacht schlechthin unwirksam ist, und zwar sowohl in der Person des Dritten wie in der des Vertretenen. Lenel will aber nur zugeben, daß die dem Dritten unbekannt gebliebene öffentliche Vollmacht nur dem Dritten nicht entgegengehalten werden könne. Dagegen „möchte er nicht etwa auch die weitere Folgerung gezogen wissen, daß die dem Dritten unbekannt gebliebene öffentliche Vollmacht, weil sie diesem nicht entgegengehalten werden kann, auch dem Prinzipal nicht entgegengehalten werden könne.

Wer eine Vollmacht öffentlich kundgibt, zeigt dadurch den Willen, daß sie ohne weiteres jedem gegenüber wirken solle, und handelt darum gegen Treue und Glauben, wenn er sich zu seinem Vorteil darauf beruft, ein einzelner Dritter habe den Inhalt der Kundmachung nicht erfahren: er muß, mit anderen Worten, gegen sich die Fiktion gelten lassen, daß dieser Inhalt allgemein bekannt sei" (Lenel S. 22).

Demgegenüber bemerkt Hupka mit Recht, daß „von Lenels Standpunkt aus es gar nicht einzusehen sei, warum es wider Treu und Glauben verstoßen sollte, wenn der Prinzipal dem tertius ignorans entgegensetzt: Meine Vollmachtserklärung ist nicht an dich gelangt, folglich liegt eine rechtlich begründete Vollmacht dir gegenüber gar nicht vor, folglich ist das von dir abgeschlossene Geschäft für keinen von uns beiden bindend. . . . . Wenn Lenel dessenungeachtet die nach seiner Auffassung noch imperfekte

Vollmacht zu Gunsten des Dritten als perfekt fingiert, weil Treu und Glauben es so fordern, so liegt darin ein offenes Eingeständnis der Unzulänglichkeit seines Vollmachtsbegriffes" (Hupka S. 105). Auch Romeick (S. 144, 145) hält Lenels „Unterscheidung, — die dem Dritten unbekannt gebliebene, öffentlich kundgegebene Vollmacht gelte für, nicht gegen den Dritten, — gegen, nicht für den Prinzipal, —" für „zweierlei Maß", das „keinen Boden" hat [1]).

3. Endemann (§ 81) fordert die Kenntnis sowohl des Vertreters wie des Dritten, erstere ohne nähere Begründung, letztere mit der von Schloßmann (I, S. 198 bis 208, II, S. 466) widerlegten und bereits oben (§ 10, II, 1 a. E.) verworfenen Motivierung, daß die Vollmacht als Grundlage für das Vertrauen des Dritten diene. Das Vertrauen des Dritten ist eine regelmäßige Wirkung, nicht aber ein Wesensmoment der Vollmacht.

II. Wie bereits mehrfach erwähnt, ist die Bevollmächtigung nur der verbindlich erklärte Wille des Prinzipals, durch vollmachtgemäße Vertretungsgeschäfte des Bevollmächtigten berechtigt und verpflichtet zu werden. In dem Wesen dieses Bevollmächtigungswillens ist kein Grund erfindlich, weswegen man begrifflich die Perfektion seiner Erklärung auf einmal nach der Vernehmungstheorie beurteilen wollte, während im übrigen doch die herrschende Lehre bei der Frage nach dem Zeitpunkt der rechtlichen Wirksamkeit einer Willenserklärung der Empfangstheorie folgt. Man wird also auch die Perfektion der Bevollmächtigungserklärung vom Standpunkte der Empfangstheorie aus zu beurteilen haben.

Cura posterior ist es, ob alsdann das positive Recht etwaige, durch diese prinzipielle Entscheidung der

[1]) Wenn Romeick (S. 144) — mit Thöl — zum Eintritt der Wirkung des § 164, I BGB. fordert, daß „die Rücksichtnahme auf den Prinzipal eine zwar beiderseitige, aber nicht vereinzelte, sondern eine zweiseitige, vertragsmäßige" sein müsse, so will er hiermit wohl nur zum Ausdruck bringen, daß ein erkennbares Handeln in fremdem Namen zum Tatbestande der Vertretung gehört. „Das Auftreten im Namen des Vollmachtgebers ist zur Vertretung nötig, nicht zur Vollmacht." (Lax S. 41).

Perfektionsfrage bedingte Härten durch Ausnahmebestimmungen mildern will.

Auch bei der stillschweigenden Bevollmächtigungserklärung ist konsequenter Weise die Kenntnis des Anerklärten von der Erklärung nicht zu fordern [1]). Man denke an folgendes Beispiel: Der nicht bevollmächtigte Stellvertreter S. nimmt Vertretungsgeschäfte für den Vertretenen V. mit einem Dritten D. vor. S. teilt die Vornahme der Geschäfte dem V. mit. V. antwortet brieflich, daß er die Folgen der Geschäfte auf sich nehmen wolle. Wenn hier die Duldung der Geschäftsführung eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung enthält, so liegt auch hier kein Grund vor, diese Erklärung erst mit ihrer Kenntnisnahme seitens des Empfängers entstehen zu lassen. Sie wird wirksam, wenn der die Anerkennung enthaltende Brief des V. dem S. oder dem D. zugeht.

Wird also der Bevollmächtigungswille dem Vertreter oder dem einzelnen Dritten inter absentes erklärt, so wird die Vollmacht in dem Augenblicke perfekt, in welchem die Erklärung dem Adressaten zugeht, d. h. „dann, wenn die Möglichkeit ihrer Wahrnehmung durch den Adressaten empirisch begründet ist" (Staudinger § 130, Anm. 3). In welchem Augenblicke eine inter praesentes abgegebene empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam wird, darüber bestehen in der Wissenschaft verschiedene Ansichten.

Planck (§ 130 Anm. 2) verlangt regelmäßig Kenntnisnahme der Erklärung seitens der anerklärten Person [2]), Staudinger (§ 130 Anm. 1, Abs. 5) dagegen fordert auch hier „nur das Zugehen an den Adressaten." Diese Frage ist jedoch ein Problem für sich, das im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben muß. „Die öffentliche Vollmachtserklärung ist perfekt, sobald sie an das Publikum gelangt ist, also mit der mündlichen Enunziation, mit der Ausgabe des Zeitungsblattes, mit der Verteilung der Zirkulare und dergl." (Hupka S. 110).

---

[1]) So auch Schloßmann II S. 424 insb. Ziffer 3 und S. 502 f. — Weitere Einzelheiten s. unten § 12, 2 a. E.

[2]) Ebenso Enneccerus S. 170 § 73.

Fassen wir alles Gesagte noch einmal kurz zusammen, so erhalten wir folgendes Resultat:

Die Bevollmächtigung ist eine einseitige, grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten oder dem Publikum, die zu ihrer Wirksamkeit einer Kenntnisnahme seitens der beim Vertretungsgeschäfte beteiligten Personen begrifflich [1]) nicht bedarf.

B. Die Form der Bevollmächtigung.

§ 12.

Mit der Darstellung der äußeren Natur des Bevollmächtigungsaktes sind die Hauptfragen der Vollmachtsperfektion gezeichnet. Hinsichtlich der weiteren Entstehungsvoraussetzungen einer gültigen Vollmacht können wir uns im Folgenden daher wesentlich kurz fassen.

1. Nach dem Vorbilde des österreichischen Rechts hat das deutsche BGB. im allgemeinen keine besondere Form für die Vollmachtserklärung vorgeschrieben. Es bedarf also nicht mehr, wie nach dem preußischen Landrecht [2]), einer schriftlichen Ausstellung. Die Form der Bevollmächtigung besteht, wie auch in den bisherigen Ausführungen bereits immer unterstellt ist, für das Gebiet des BGB. regelmäßig in der gewöhnlichen Erklärung, daß man jemanden bevollmächtige [3]). Die Erklärung kann sowohl ausdrücklich wie

[1]) Eine andere Frage ist es, ob, wie im vorstehenden angedeutet, mit Rücksicht auf die formelle Vollendung einer Vollmachtserklärung inter praesentes die Kenntnis der Vollmacht seitens der anerklärten Person erforderlich ist.

[2]) ALR. I, 13 §§ 108, 110; das alte HGB, Art. 317 sah bereits von der Schriftlichkeit ab.

[3]) § 167; für das internat. Privatrecht gilt nach Art. 11 des E. G. BGB. der Grundsatz: locus regit formam actus. — Das Wort „bevollmächtigen" ist nicht essentiell. Auch andere Wendungen, wie „beauftragen", „zum Vertreter bestellen" 2c., finden sich häufig; vgl. Schloßmann II, S. 470.

stillschweigend [1]) erfolgen. Die Vollmachtserklärung kann eventuell auch durch Urteil erzwungen werden und gilt dann als abgegeben mit der Rechtskraft des Urteils (§ 894 CPO.) [2]). Eine stillschweigende Vollmachtserklärung kann z. B. dann vorliegen, wenn der Vertretene duldet, daß sich ein Anderer als sein Bevollmächtigter geriert [3]). Eine vermutete Erteilung der Vollmacht kennt das BGB. dagegen nicht [4]).

Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht [5]).

---

[1]) vgl. Mot. I, S. 153 und Prot. I, S. 68.

[2]) vgl. Lenel S. 40.

[3]) Andere Beispiele siehe bei Planck § 167, Anm. 5 und R. G. 1 S. 8, 43 S. 188, R. O. H. G. 9 S. 104, 11 S. 32, 13 S. 212; vgl. auch Mot. I S. 230 und Schloßmann II, S. 504 ff. — Ein Mißbrauch des Begriffes der stillschweigenden Bevollmächtigung liegt nach Biermann (S. 23 f) z. B. darin, wenn aus dem Telephonanschluß eines Kaufmanns geschlossen wird, daß durch diese Einrichtung alle seine Angestellten zur Abgabe derjenigen Erklärungen bevollmächtigt seien, welche sie tatsächlich durch das Telephon abgeben. — Mit der im Texte hervorgehobenen Tatsache erledigt sich der Einwand, den Schloßmann (I, S. 259) erhebt: „Man könnte gegen die ganze Theorie, welche die Vollmacht aus einer Erklärung entstehen läßt, einwenden, daß sehr häufig, wo Vollmacht angenommen wird, eine Erklärung dem Dritten gegenüber, und überhaupt eine Erklärung nicht abgegeben wird, wie z. B. da, wo auf Grund der Tatsache, daß jemand mit Wissen des Andern wiederholt Geschäfte gewisser Art mit verschiedenenen Personen für ihn geschlossen hat, ohne daß dieser irgend eine Erklärung abgegeben hätte, jenem die Vollmacht zu derlei Geschäften zugeschrieben wird, und der Andere aus der weiteren Geschäftsführung, auch wenn er nichts von ihr weiß, für verpflichtet erachtet wird."

[4]) So Fischer-Henle § 167, Anm. 2, Lax S. 44, Matthiaß S. 239 B, 1, Abs. 2; a. M. ist Hupka S. 126; vgl. auch Mot, I, S. 230: das Institut sei mit praktischen Unzuträglichkeiten verbunden.

[5]) Die Berechtigung dieser Vorschrift ist bestritten. Seuffert (S. 883) hält sie für eine unvermeidliche Konsequenz der Repräsentationstheorie, Hupka (S. 115—119 und Ger.-Ztg. Nr. 11) dagegen kommt unter Berücksichtigung des „rechtspolitischen Zweckes" der jeweiligen Formvorschrift zu anderen Resultaten; vgl. Neumann, Jahrbuch, § 167, Bem. 3: Die Formfreiheit der Vollmachtserklärung tritt dann nicht ein, wenn die Vollmacht als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts erscheint, welches der durch § 313 vorgeschriebenen Form bedarf": R. G. 50, S. 167 ff. vgl. auch Lenel S. 25 ff.

2. Der gewöhnlichen Erklärung, daß man jemanden bevollmächtige, stellt das Gesetz in § 171 die Kundgebung gleich, d. h. die besondere Mitteilung an einen Dritten oder die öffentliche Bekanntmachung seitens des zu Vertretenden, daß er einen Anderen bevollmächtigt *habe*; der besonderen Mitteilung steht nach § 172 wieder gleich die dem Dritten gegenüber durch den Vertreter erfolgende Vorlegung einer dem Vertreter von dem Vertretenen ausgehändigten Vollmachtsurkunde. Auch die Kundgebung begründet, wie wir nach unseren obigen (§ 2, 3 b) Ausführungen annehmen, eine gültige Vollmacht, wenngleich das Gesetz in § 171, II und § 172, II den Terminus „Vollmacht" nicht gebraucht, sondern sich des allgemeineren Ausdrucks „Vertretungsmacht" bedient [1]). Ob die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde nur für den gegenwärtigen oder auch für jeden künftigen Geschäftsschluß die Vollmacht des Präsentanten begründet, ist bestritten [2]).

---

[1]) Die Frage nach der Natur der gemäß §§ 171, 172 begründeten Vertretungsmacht ist äußerst streitig; vgl. in dieser Beziehung bereits die terminol. Erörterungen in § 2, 3, b. Hier sei nur Folgendes erwähnt: Nach *Biermann* (S. 29 f) sind die betreffenden „Bestimmungen des BGB. über die Begründung der Vollmacht in keiner Beziehung Vorschriften zum Schutze des guten Glaubens Dritter." A. M. sind *Eccius* S. 213, *Romeick* S. 142 f und *Staudinger* Anm. 1 zu §§ 171, 172. Nach *Romeick* findet im Falle der Kundgebung der Vollmacht eine Objektivierung der Vollmachtserteilung dem Dritten gegenüber statt; die Objektivierung tritt „im Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten an die Stelle der wirklichen Rechtslage: sie *ist* nicht, aber sie *gilt* als die Rechtslage." (*Romeick* S. 143). Aehnlich *Isay* (S. 231 ff): Auf Grund *typisch objektiver Momente* (des *objektivierten* Gestionsverhältnisses) entstehe Vertretungsmacht ex lege.

[2]) Die Mot. (I, S. 239) erklären die Wiederholung der Vorlegung beim Abschluß späterer Rechtsgeschäfte für unnötig.

Hupka (S. 171 ff) hingegen erblickt hierin eine „übertriebene Begünstigung des Dritten auf Kosten des Prinzipals." Die ratio des § 172, II verlange, den § 172, I „einschränkend dahin auszulegen, daß nur die gegenwärtige Vorlegung der Urkunde bei dem bestimmten in Frage stehenden Geschäfte die Vertretungsmacht des Präsentanten erzeugt."

Biermann (S. 41) und *Staudinger* (§ 172 Anm. 5) bemerken, daß der vorsichtige Dritte bei neuem Anlaß erneute Vorlage schon mit Rücksicht auf seinen eigenen Schutz verlangen werde, um sich zu vergewissern, daß die Urkunde nicht inzwischen zurückgegeben sei.

„Die Kundgebung einer Vollmacht bedarf ebenso wenig einer Form, wie die Vollmacht selbst (Planck § 171 Anm. 1) [1]).

Adressat der Kundgebungserklärung [2]) ist nur der Dritte oder das Publikum. Der Vertreter scheidet hier aus der Reihe der möglichen Erklärungsempfänger aus.

Der Ausdruck „Kundgebung" sowie der Zweckgedanke der §§ 171, 172 legen die Annahme nahe, daß zur Perfektion der Vollmacht hier die Kenntnis der Kundmachungserklärung seitens des Geschäftsgegners erforderlich sein müßte. Nach Staudinger (§§ 171, 172, Anm. 4) ist jedoch „die Kundgabe der Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung an den Dritten in zeitlicher Hinsicht dann wirksam, wenn die Mitteilung dem Dritten zugegangen ist; daß er sie tatsächlich empfangen und von ihr Kenntnis genommen habe, ist nicht notwendig." „Auch die Kundgabe durch öffentliche Bekanntmachung hat die ihr eigentümliche Schutzwirkung für jeden Dritten selbst dann, wenn dieser von der Bekanntmachung aus irgend welchem Grunde keine Kenntnis genommen hat." Das Vorlegen der Urkunde (§ 172) ist nach Matthiaß (S. 241) ein „Verbringen in eine solche räumliche Lage, daß der Dritte sie lesen kann, nicht verlangt ist, daß er sie gelesen hat." Nach dem Wortlaute des § 171, der schlechthin auf Grund der Kundgebung die Vertretungsmacht entstehen läßt (und zwar bei Kundgebung durch öffentliche Bekanntmachung eine Vertretungsmacht jedem Dritten gegenüber) in Verbindung mit der Tatsache, daß mit der öffentlichen Bekanntmachung einer Kundgebung noch keineswegs die Kenntnis jedes Dritten von derselben verbunden ist, muß allerdings angenommen werden, daß auch die Perfektion der durch Kundgebung erteilten Vollmacht nicht durch die Kenntnis des Geschäftsgegners von der Kundgebung bedingt ist.

3. Eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzipe der Formfreiheit statuiert der § 1945 BGB., der für die Vollmacht zur Ausschlagung einer Erbschaft öffentliche Beglaubigung verlangt [3]). Die öffentlich beglaubigte Bevollmächtigungs-

---

[1]) vgl. R. G. in der Deutschen Juristen-Zeitung 1902, S. 475.

[2]) vgl. Monich S. 8 und oben § 10, S. 56 bei Anm. 1.

[3]) vgl. auch Grundb.-Ordn. § 29.

erklärung ist um ihrer Form willen aber noch nicht von dem Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit befreit. Die Vollmacht wird vielmehr auch hier erst perfekt, wenn die Bevollmächtigungserklärung in ihrer öffentlich beglaubigten Form dem Adressaten (d. i. in diesem Falle der Vertreter oder das Nachlaßgericht als Geschäftsgegner in übertragenem Sinne — Behörde) zugeht. Die Vollmacht des § 1945 ist nicht etwa eine notwendige Spezialvollmacht in dem Sinne, wie sie sich noch in den meisten bisherigen Kodifikationen findet [1]). Das Institut der notwendigen Spezialvollmacht ist dem BGB. unbekannt [2]). Eine öffentlich beglaubigte Generalvollmacht ist beispielsweise für die Zwecke des § 1945 vollkommen verwendbar, ebenso jede andere Vollmacht beschränkteren Inhalts, sofern sie nur in öffentlich beglaubigter Form erklärt ist und inhaltlich den Fall des § 1945 mitumfaßt [3]).

2. Abschnitt: Materielles.

§ 13.

Insbesondere die abstrakte Natur der Bevollmächtigung.

Wie gewissen formellen Erfordernissen, so muß die Bevollmächtigung auch gewissen materiellen Anforderungen genügen, um eine gültige Vollmacht zu erzeugen.

1. In dieser Hinsicht ist zunächst die Fehlerlosigkeit des Bevollmächtigungswillens zu verlangen [4]).

---

[1]) ALR. I, 13 §§ 99—108, code civil Art. 1988 f, österr. BGB. § 1008, sächs. BGB. § 1306.

[2]) vgl. Mot. I S. 230 ff, Hupka S. 196—199, Büsgen S. 28, Staudinger § 167 Anm. 7.

[3]) vgl. Hupka S. 199, Anm. 3.

[4]) Ueber die Einflüsse von Willensmängeln, insbes. von Simulation, Irrtum, Zwang und Betrug s. Hupka S. 129—155. Gegen Hupka s. Schloßmann II S. 483 ff, insbes. S. 486, 487 und Hellwig, Zeitschr., S. 527.

2. Es ist aber auch weiter erforderlich, daß das den Gegenstand der Vollmacht bildende Geschäft physisch, juristisch und moralisch möglich bezw. erlaubt ist [1]).

3. Endlich ist mit der Scheidung des Bevollmächtigungsaktes von dem die interne Gestionsbefugnis regelnden Grundverhältnis [2]) hier noch die Frage gegeben, ob die Bevollmächtigung ein kausales oder abstraktes Rechtsgeschäft ist. Daß die Vollmachtserteilung ohne eine causa im subjektiven Sinne, d. h. ohne Zweckrücksicht und Interessenverfolgung, vernünftigerweise überhaupt nicht gedacht werden kann, hebt bereits Hupka (S. 155, 156) mit Recht hervor. Um diese causa, die Absicht des Vollmachtgebers, handelt es sich für uns nicht. Es fragt sich vielmehr, ob die Gültigkeit der Bevollmächtigung, also die Entstehung der Vollmacht, abhängig ist von dem Zustandekommen des die causa enthaltenden Rechtsverhältnisses, von dem Rechtsbestande des intendierten Geschäftsführungsvertrages [3]).

Die praktische Bedeutung dieser Frage liegt auf der Hand. Ist die Bevollmächtigung kausal, so muß der Dritte, wenn er sicher gehen will, nicht bloß die Vollmacht, sondern auch den gültigen Bestand des Grundverhältnisses prüfen. Ist dagegen die Bevollmächtigung abstrakt, so interessiert den Dritten lediglich die Gültigkeit des Bevollmächtigungsaktes als solchen. Die kausale Beschaffenheit der Bevollmächtigung erschwert somit den Stellvertretungsverkehr in unerträglicher Weise [4]), ihre abstrakte Natur hingegen fördert Klarheit,

---

[1]) vgl. Hupka S. 155, Leszynsky S. 16.

[2]) vgl. oben § 4, I, 1. — Für die Mandatstheorie, die die Vollmacht als äußere Seite des Auftrages und die Vollmachtserteilung als unselbständigen Bestandteil des Gestionsvertrages auffaßt, versteht es sich von selbst, daß die Bevollmächtigung nur dann wirken kann, wenn der Vertrag, dessen Teil sie bildet, gültig zustande gekommen ist.

[3]) Crome, S. 460, R. Leonhard, allg. Teil, S. 317 und Schloßmann I S. 268 ff, II S. 438 ff halten „die Kategorieen abstraktes, kausales Geschäft, causa auf das Verhältnis der Vollmachtserteilung zum Auftrag für unanwendbar," da diese Begriffsreihe von Vermögensgeschäften entlehnt sei. Nach Staudinger § 167, Anm. 1 Abs. 3 ist aber ein Mißverständnis darüber, was mit dem Ausdruck hier sachlich gemeint ist, kaum möglich. Gegen Crome siehe Eccius S. 219, 210. Gegen Kuhlenbecks Auffassung (Von den Pand. 2c. S. 485) siehe Leszynsky S. 20 ff.

[4]) vgl. Hupka S. 158.

Sicherheit und Leichtigkeit des Geschäftes und seiner Wirkung und gibt deshalb den dadurch begründeten Rechten eine größere Verkehrstauglichkeit [1]). Nach dem im Obigen entwickelten Vollmachtsbegriff sind die Entstehungsvoraussetzungen einer gültigen Vollmacht einmal der fehlerlose [2]) Wille [3]) des zur Vornahme des jeweiligen Vertretungsgeschäftes rechtlich selbst befähigten [4]) Prinzipals, durch mögliche bzw. erlaubte [5]) Vertretungsgeschäfte des willensfähigen [6]) Vertreters berechtigt und verpflichtet zu werden, und zum anderen eine Erklärung dieses Willens nach Maßgabe der vorstehenden [7]) Ausführungen. „Darin steckt nichts Kausales; von dem Grunde ist gar nicht die Rede" (Ennecceru s S. 211). Mit Recht führt vielmehr Staudinger (§ 167, Anm. 1, Abs. II) für die abstrakte Natur der Vollmacht an, daß „der rechtliche Bestand der Vertretungsmacht durch die in der Person des Vertreters gegebene Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit nicht beeinträchtigt wird, während diese Beschränkung doch die Eingehung eines wirksamen Verpflichtungsverhältnisses gegenüber dem Prinzipal hindert." Hupka (S. 158 f), Leszynsky S. 26 ff und Ennecceru s S. 213 ff weisen außerdem an treffenden Beispielen nach, daß auch das praktische Bedürfnis die abstrakte Natur der Vollmacht fordert. De lege ferenda kann es für uns daher nicht zweifelhaft sein, daß die Bevollmächtigung ein abstraktes Geschäft ist.

Eccius (S. 217) will die abstrakte Natur nur dann anerkennen, „wenn der Machtgeber, veranlaßt durch das als bestehend angesehene Rechtsverhältnis, den Dritten ohne nähere Angabe als bevollmächtigt bezeichnet, oder wenn er eine Vollmachtsurkunde ohne Bezugnahme auf das Rechtsverhältnis ausgestellt und der Vertreter diese Vollmacht vorgelegt hat, oder wenn er die Vollmacht ohne solche

[1]) vgl. Ennecceru s S. 218, Leszynsky S. 25, Dertmann, Arch. 20 S. 74 und Hupka, Ger.-Ztg. S. 81.
[2]) vgl. § 13, 1.
[3]) vgl. § 5, 3 a in der Mitte.
[4]) vgl. § 7.
[5]) vgl. § 13, 2.
[6]) vgl. § 8.
[7]) vgl. §§ 9—12.

Bezugnahme öffentlich kundgegeben hat," nicht dagegen auch dann, „wenn nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen, welches die Vollmacht in sich schließt, allein dafür herangezogen werden kann, daß der Vertreter bei einem Rechtsgeschäfte vertretungsmächtig gewesen ist" (S. 218) [1]). Nach Hupka (S. 160) hingegen wirken etwaige Mängel des der Vollmachtserteilung zu Grunde liegenden Vertrages „gleichfalls nicht über das interne Verhältnis hinaus," es sei denn, daß die Mängel zugleich den Bevollmächtigungswillen oder die Vollmachtserklärung affizieren. Dann ist die Bevollmächtigung aus diesem selbständigen Grunde, nicht wegen der Fehlerhaftigkeit des Kausalvertrages, nichtig oder anfechtbar. Vgl. auch Staudinger § 167 Anm. 2: „Wo die Willenserklärung der Bevollmächtigung zugleich den Vertragswillen äußert, kann sie in beiden Beziehungen verschiedener rechtlicher Beurteilung unterliegen. Sie ist z. B. als formloser Bevollmächtigungsakt wirksam (§ 167, II), während sie als Verpflichtungserklärung eben wegen des Formmangels unwirksam sein kann."

Wir halten also de lege ferenda die Bevollmächtigung stets für abstrakt. Sehr bestritten ist es aber, welchen Standpunkt das BGB. in dieser Beziehung einnimmt. Einen direkten Ausspruch über die Frage enthält das Gesetz nicht.

Nach den Protokollen (I, S. 145) „bildet die Vollmacht kein abstraktes Rechtsgeschäft, sie lehnt sich vielmehr stets an ein anderes Rechtsverhältnis an, mit dessen Existenz sie steht und fällt." Der Wortlaut des § 167 spricht dagegen für die abstrakte Natur der Bevollmächtigung. Planck (§ 167 Anm. 3) will die Vorschrift des § 168, 1, die nur von dem Erlöschen der Vollmacht spricht, auch auf die Entstehung der Vollmacht angewandt wissen. Er hält die fraglichen Bestimmungen des BGB. aber nicht für absolutes, sondern für dispositives Recht. Sein Resultat ist daher folgendes: „Das Bestehen wie das Erlöschen der Vollmacht ist regelmäßig abhängig von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse." „Die abstrakte Natur der Vollmacht

[1]) Aehnlich Isay S. 223 ff.

bildet die Ausnahme und darf deshalb nur dann und nur insoweit angenommen werden, als die darauf gerichtete Absicht aus den Umständen erhellt“ [1]).

Gegen Planck streiten mit schlagenden Gründen Enneccerus (S. 209—215), Hupka (S. 160 ff), Leszynsky (S. 12 ff) und Romeick (S. 132 ff) [2]). Ein erschöpfendes Eingehen auf die Kontroverse würde uns hier zu weit führen. Wir postulieren mit den zuletzt genannten Autoren auch auf dem Boden des BGB. die prinzipielle Unabhängigkeit der Vollmachtsentstehung von dem Bestande eines gültigen Kausalgeschäftes. Die Perfektion der Vollmacht ist nur dann durch das Zustandekommen des Grundverhältnisses bedingt, wenn eine solche Abhängigkeit ausdrücklich „durch den Parteiwillen geschaffen“ ist, „nämlich durch Aufnahme einer diesbezüglichen deutlichen Bedingung in die Vollmachtserklärung [3]), [4]).

---

[1]) Derselben Ansicht sind Dernburg, BGB., S. 476, Kuhlenbeck, BGB., § 167, Anm. 1, Neumann, Kommentar § 168, Anm. 1; vgl. auch Gareis § 167, Anm. 1.

[2]) Romeick: „Die Abstraktion hat Grade und Abstufungen.“ „Bei der Vollmacht kann also gerade darin die Abstraktion bestehen, daß die Entstehung und der Inhalt der Vollmacht von dem unterliegenden Rechtsgeschäft losgelöst ist, das Erlöschen aber an dasselbe geknüpft bleibt.“

Gegen Planck sprechen sich auch noch aus Crome S. 460 Anm. 9, Endemann S. 402 Anm. 5, Leonhard, Ger.-Ztg., S. 102 und Staudinger § 167 Anm. 1.

[3]) vgl. Hupka, Ger.-Ztg.. S. 87.

[4]) Schloßmann (I, S. 290) erklärt sich die ganze Frage nach der abstrakten Natur der Bevollmächtigung aus einer verallgemeinerten Erscheinung der Vollmachtsurkunde, nämlich aus dem Umstande, daß durch Rechtssätze zum Schutze des guten Glaubens Dritter der Vollmachtsurkunde eine mitunter bis zur Begründung einer unwiderleglichen Präsumtion sich steigernde Kraft beigelegt sei; vgl. hiergegen unsere obigen Ausführungen in § 9, 3. c. Schloßmanns Erklärung der vier Fälle sogenannter selbständiger oder abstrakter Vollmacht aus einer künstlichen Gestaltung des Beweisrechts, bezw. aus den Wirkungen des Widerrufes (Schloßmann II, S. 496, 504, 526, 560) geht von der oben in § 5, 3. b. abgelehnten Voraussetzung aus, daß die Vollmacht nur ein außergerichtl. Geständnis sei. Ein Eingehen auf Schloßmanns Ausführungen ist daher nicht erforderlich.

§ 14.

Schluß.

Mit unserer in den vorstehenden Paragraphen entwickelten Ansicht ist, wie Schloßmann (II, S. 485 f) hervorhebt, die Folge verbunden, daß wir bei einer konkreten Vollmacht „drei, möglicherweise vier oder fünf Bevollmächtigungsakte nebeneinander" vor uns haben, „also die merkwürdige Naturerscheinung, daß von drei, vier, ja möglicherweise fünf Müttern ein und dasselbe Kind geboren wird. Der erste Entstehungsgrund ist die Erklärung des Vertretenen an den Vertreter, daß er ihn bevollmächtige (BGB. § 167, I)." „In der Aushändigung der Vollmachtsurkunde an den Vertreter kann man zweitens eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden nach BGB. § 167, I finden. Legt der Vertreter dem bestimmten Dritten, dem gegenüber er den Aussteller vertreten soll, die Urkunde vor, so liegt hierin drittens sicher eine dem Dritten gegenüber durch Vermittelung des Vertreters abgegebene Erklärung des Vertretenen (BGB. § 167, I). Außerdem aber ist viertens die Vorlegung der dem Vertreter übergebenen Urkunde an den Dritten der Mitteilung einer Bevollmächtigung gleichgestellt (BGB. § 172), welche nach § 171 Vollmacht begründet. Dazu könnte fünftens noch eine von dem Vertretenen an den Dritten direkt gerichtete Bevollmächtigungserklärung im Sinne des § 167, I treten." (Schloßmann II, S. 485). Diese Möglichkeit einer kumulativen Bevollmächtigung berechtigt jedoch keineswegs dazu, mit Schloßmann (II, S. 486) die ganze einschlägige Rechtsbildung für eine „ausgesprochene Mißgeburt" zu halten. Es ist vielmehr eine dem Rechtsleben durchaus geläufige Erscheinung, daß ein und dieselbe Rechtswirkung (hier die Begründung der Vollmacht) auf mehreren, in Einzelheiten unter einander variierenden Tatbeständen beruhen kann.

Zuzugeben ist allerdings, daß schwierige Fragen entstehen, wenn die vorliegenden Erklärungen des Prinzipals sich inhaltlich nicht decken, wenn insbesondere die dem Dritten

gegenüber kundgegebene, offene Vollmacht weiter reicht als die Bevollmächtigungserklärung gegenüber dem Vertreter.

Regelmäßig „ruht das Uebergewicht bei dem nach außen gegen den Dritten verlautbarten Tatbestand" (Endemann S. 404 Anm. 16). Sehr bestritten ist es dagegen, ob, wie Hupka will, „die Regel der §§ 171 f auch in Ansehung der Entstehung und des Umfangs der Vertretungsmacht in dem gleichen Sinne beschränkt werden muß, wie es in § 173 ausdrücklich hinsichtlich der Erlöschung" geschehen ist (Hupka S. 227), ob also interne, von der Vollmachtskundgebung verschiedene Vollmachtsinstruktionen des Vertretenen an den Vertreter dem Geschäftsgegner gegenüber, der entweder die internen Instruktionen kennt bzw. kennen muß, oder der die Kundgebung noch nicht kennt und somit auf seine Gefahr hin lediglich im Vertrauen auf die Angaben des Stellvertreters handelt, als Vollmachtsbeschränkungen entgegengesetzt werden können, allerdings mit schwieriger Beweislast für den Prinzipal [1]). Diese Fragen spielen jedoch bereits in das Gebiet vom Umfange der Vollmacht hinüber und interessieren daher hier nicht [2]). Schon ihre Andeutung läßt jedoch erkennen, daß die Streitfragen im Gebiete der Vollmacht sich keineswegs mit den im Vorstehenden nur kurz skizzierten Kontroversen über die Vollmachtsperfektion erschöpfen, daß vielmehr neben der Geburt auch Leben und Tod dieses Rechtsinstituts lebhaft umstritten sind, und daß Schloßmann (II, S. 486) nicht ganz Unrecht hat, wenn er angesichts der Fülle des Streites die Vollmacht einem „vielköpfigen Ungeheuer, der lernäischen Hydra" vergleicht.

---

[1]) vgl. Hupka S. 199 ff, insb. S. 218 ff. Gegen Hupka siehe Biermann S. 30 und Romeick S. 123, 125—127. Gegen Planck § 173 siehe Romeick S. 130 f

[2]) vgl. auch oben § 10 S 47 Anm. 1 und § 10, II, 1 a. E.